



Aalborg Universitet

AALBORG UNIVERSITY
DENMARK

Koncernbegreber i regnskabs- og selskabsretten - et studium i koncernbegrebers tilblivelse og indhold med baggrund i samspillet mellem internationale regnskabsstandarder, EU-retten og national ret

Søgaard, Gitte

DOI (link to publication from Publisher):
[10.5278/vbn.phd.socsci.00018](https://doi.org/10.5278/vbn.phd.socsci.00018)

Publication date:
2016

Document Version
Også kaldet Forlagets PDF

[Link to publication from Aalborg University](#)

Citation for published version (APA):
Søgaard, G. (2016). *Koncernbegreber i regnskabs- og selskabsretten - et studium i koncernbegrebers tilblivelse og indhold med baggrund i samspillet mellem internationale regnskabsstandarder, EU-retten og national ret*. Aalborg Universitetsforlag. Ph.d.-serien for Det Samfundsvidenskabelige Fakultet, Aalborg Universitet
<https://doi.org/10.5278/vbn.phd.socsci.00018>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal -

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at vbn@aub.aau.dk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

KONCERNBEGREBER I REGNSKABS- OG SELSKABSRETEN

– ET STUDIUM I KONCERNBEGREBERS TILBLIVELSE OG INDHOLD
MED BAGGRUND I SAMSPILLET MELLEM INTERNATIONALE
REGNSKABSSTANDARDE, EU-RETEN OG NATIONAL RET

**AF
GITTE SØGAARD**

PH.D. AFHANDLING 2015



AALBORG UNIVERSITET

KONCERNBEGREBER I REGNSKABS- OG SELSKABSRETEN

**- ET STUDIUM I KONCERNBEGREBERS TILBLIVELSE OG
INDHOLD MED BAGGRUND I SAMSPILLET MELLEM
INTERNATIONALE REGNSKABSSTANDARDE, EU-
RETEN OG NATIONAL RET**

af

Gitte Søgaard



AALBORG UNIVERSITY
DENMARK

Dissertation submitted

Ph.d. indleveret: juli 2015

Ph.d. vejleder: Prof. dr. jur. Erik Werlauff
Aalborg University

Ph.d. bedømmelsesudvalg: Lektor Thomas Rønfeldt
Aalborg Universitet
Adjungeret professor Rolf Skog
Göteborgs Universitet
Lektor Hanne Søndergaard Birkmose
Aarhus Universitet

Ph.d. serie: Det Samfundsvidenskabelige Fakultet
Aalborg Universitet

ISSN (online): 2246-1256

ISBN (online): 978-87-7112-298-5

Udgivet af:
Aalborg Universitetsforlag
Skjernvej 4A, 2. sal
9220 Aalborg Ø
Tlf. 9940 7140
aauf@forlag.aau.dk
forlag.aau.dk

© Copyright: Gitte Søgaard

Trykt i Danmark af Rosendahls, 2015

CV

Gitte Søgaards uddannelsesmæssige baggrund omfatter blandt andet en korrespondentuddannelse (engelsk, tysk og fransk), en HD-A, og en cand.jur.uddannelse.

Gitte Søgaard blev beskikket som advokat i 2009 og har i en årrække forinden som økonom arbejdet med eksport og små og mellemstore virksomheders udvikling og internationalisering, ligesom hun såvel som ansat som i egen virksomhed har fungeret som rådgiver i sådanne spørgsmål. Gitte Søgaard har tillige været ansat som leder inden for uddannelsessektoren.

Gitte Søgaard har erfaring med undervisning inden for såvel økonomiske som juridiske emner, herunder på HIH og Aalborg Universitet.

Gitte Søgaard har tillige sammen med Erik Werlauff skrevet lærebogen, Koncernretten, ligesom hun har fået publiceret artikler i henholdsvis Revision og Regnskabsvæsen og European Company Law.

Endelig har Gitte Søgaard været foredragsholder inden for temaer som virksomhedsudvikling og tillige sammen med Erik Werlauff om koncernspørgsmål.

FORORD

I vinteren 2002/2003 kontaktede jeg professor Erik Werlauff ved Aalborg Universitet. Jeg ville gerne forelæse i selskabsret. Allerede under det første møde blev drøftet muligheden af en afhandling om koncernforhold, og en problemformulering blev udarbejdet. Dengang kunne et ph.d.-forløb ikke etableres, men jeg blev tilknyttet CMA-uddannelsen som underviser. Det har jeg været næsten uafbrudt siden, ligesom jeg i en periode har undervist på jura-uddannelsen.

Men i vinteren 2011/2012 opstod muligheden for et ph.d.-forløb, og det er nu dette forløb, der afsluttes med indleveringen af denne afhandling.

Den forløbne periode har været hektisk; med Erik Werlauff som vejleder opstår mulighederne som perler på en snor – det gælder om at trække vejret dybt og at gøre sit bedste for at udnytte dem.

Det er blevet til slet ikke så lidt: vi har skrevet lærebog sammen om Koncernretten. Den bruges nu blandt andet på et helt nyt e-valgfag, som vi har udviklet sammen. Erik og jeg har i fællesskab holdt oplæg eksternt om koncernforhold. Der er publiceret artikler om koncernbegreber i både Revision & Regnskabsvæsen og i European Company Law. Ikke mindst har jeg modtaget uvurderlig støtte i forhold til at finde mig til rette i forskningsverdenen og i forhold til faglige spørgsmål i tilknytning til denne afhandling. Eriks generøsitet er uendelig, når det i enhver henseende handler om at dele ud af faglighed, netværk og entusiasme. For det er jeg ham dybt taknemmelig.

Sidst, men ikke mindst, en stor tak til mine drenge, Jens Mathias, stud.jur., og Mads Emil, samt Jan for forståelse og tålmodighed.

Aalborg Universitet, maj 2015

Gitte Søgaard

INDHOLDSFORTEGNELSE

KAPITEL 1. INDLEDNING	1
1.1 AFHANDLINGENS EMNE.....	1
1.1.1 <i>Hvorfor en afhandling om koncernbegreber?</i>	1
1.1.2 <i>Centrale problemstillinger i afhandlingen</i>	5
1.1.3 <i>Afgrænsning af afhandlingens emne</i>	8
1.2 AFHANDLINGENS METODE OG MATERIALE.....	9
1.3 PLAN FOR AFHANDLINGEN	13
KAPITEL 2. AFHANDLINGENS BEGREBER.....	15
2.1 "KONCERNRETTE"	15
2.2 "KONCERNBEGREBER"	16
2.2.1 <i>Virksomhedsgruppe eller koncern?</i>	16
2.3 KONCERNBEGREBER SOM ZWECKBEGRIFFE (FORMÅLSBESTEMTE LEGALDEFINITIONER)	20
2.4 VERTIKALE OG HORIZONTALT KONCERNER	22
2.5 ØKONOMISKE OG JURIDISKE KONCERNBEGREBER.....	23
2.6 ANGELSAKSISKE KONCERNBEGREBER – "THE ENTITY CONCEPT"	24
2.7 DET KONTINENTALEUROPEISKE (TYSKE) PRINCIP OM ØKONOMISK ENHED.....	26
KAPITEL 3. KONCERNBEGREBERS RAISON D'ÊTRE	31
3.1 ER KONCERNBEGREBERS RAISON D'ÊTRE DEN SAMME FOR REGSKABSRETTE SOM FOR SELSKABSRETTE?.....	31
3.2 DE KONSOLIDEREDE REGSKABERS RAISON D'ÊTRE	34
3.2.1 <i>Koncernregnskaber som "varedeklaration"</i>	35
3.2.2 <i>Koncernregskabers "Schutzzweck"</i>	36
3.2.3 <i>Koncernregskabers nationale offentlige formål</i>	37
3.2.4 <i>Særligt om EU-rettens begrundelser for koncernregnskaber</i>	38
3.2.5 <i>Konsoliderede regnskaber - for hvem?</i>	39
3.2.5.1 <i>Koncernledelse og revisor</i>	40
3.2.5.2 <i>Koncernmoderens interessenter</i>	41
3.2.5.3 <i>Koncerndatters/-døtres interessenter</i>	42
3.2.5.4 <i>Andre interessenter</i>	43
3.3 DE SELSKABSRETLIGE KONCERNREGLERS RAISON D'ÊTRE	43
3.3.1 <i>Hvorfor koncernselskabsretlig diversitet?</i>	44
3.3.1.1 <i>Retspolitiske og samfundsmæssige hensyn</i>	46
3.3.1.2 <i>Retlige traditioner</i>	47
3.3.2 <i>"Schutzzwecke"</i>	48
3.3.3 <i>"Enabling law" – "Organisationsrecht"</i>	51
3.3.4 <i>SL's materielle koncernregler</i>	53
3.4 SAMMENFATNING.....	55

KAPITEL 4. IASB-STANDARDERNE KONCERNBEGREBER	57
4.1 KVALIFICERING AF REGSKABSSTANDARDE SOM BEGEB	58
4.2 IASB-ORGANISATIONEN OG DEN ANGELSAKSISKE KONCERNREGSKABS-TRADITION	61
4.2.1 <i>Organisationen</i>	61
4.2.2 <i>Angelsaksisk koncernregnskabstradition</i>	62
4.2.3 <i>Forholdet til kontinental-europæisk regnskabstradition</i>	67
4.2.3.1 Koncernbegreber "The IFRS Way"	70
4.2.4 <i>Modeller for afgrænsning af forskellige regnskabsmæssige virksomhedsgrupper</i>	71
4.2.4.1 Kontrolmodellen	72
4.2.4.2 Fælles kontrolmodellen	72
4.2.4.3 "Risk-/reward"-modellen	72
4.3 IAS 27 (2008)-STANDARDENS KONCERNBEGREB	74
4.3.1 <i>Anvendelsesområde og kilder</i>	74
4.3.2 <i>Koncernen – "the Group"</i>	76
4.3.3 <i>Koncernmoderen – "the Parent"</i>	77
4.3.4 <i>Koncerndatteren – "the Subsidiary"</i>	78
4.3.5 <i>Kontrol</i>	78
4.3.5.1 "Kontrolligningen"	80
4.3.5.2 Passiv kontrol eller udøvelse af kontrol?	82
4.3.5.3 Finansielle og driftsmæssige politikker	82
4.3.5.4 Fordele	86
4.3.5.5 IAS 27 (2008) – tre scenarier for kontrol	87
4.3.5.6 Ejerskab til flertallet af stemmerettigheder, formodningsreglen – IAS 27.13.1 (2008)	90
4.3.5.7 Ejerskab til mindre end flertallet af stemmerettigheder	93
4.3.5.8 De facto kontrol - IASB Update, October 2005	99
4.3.5.9 Kontrol i kraft af substansen i relationen mellem enheder, hvoraf en eller flere er SPE-enheder – SIC 12	105
4.3.6 <i>Opgørelsen af stemmerettigheder</i>	113
4.3.6.1 Direkte og indirekte kontrol	113
4.3.6.2 Potentielle stemmerettigheder	114
4.3.7 <i>Konkurrerende og akkumulerede kontrolindikationer</i>	117
4.4 IFRS 10-STANDARDENS KONCERNBEGREB	118
4.4.1 <i>Bevæggrunde for den nye IFRS 10-standard</i>	118
4.4.2 <i>Standardens anvendelsesområde og kilder</i>	122
4.4.3 <i>Analysemæssige forudsætninger for konstatering af kontrol</i>	125
4.4.4 <i>Koncernen – the "Group"</i>	126
4.4.5 <i>Koncernmoderen – "the Parent"</i>	126
4.4.6 <i>Koncerndatteren – "the Subsidiary"</i>	127
4.4.7 <i>Kontrol</i>	127
4.4.7.1 "Kontrolligningen"	129
4.4.7.2 Magt – "power"	130

4.4.7.3	Relevante aktiviteter	131
4.4.7.4	Eksisterende rettigheder	134
4.4.8	Variabelt afkast – “variable returns”	148
4.4.9	Linket mellem magt og variabelt afkast – uddelegering af magt.	150
4.4.10	Siloer	153
4.4.11	Strukturerede enheder	153
4.4.12	Semantiske problemstillinger	154
4.4.12.1	“Control”	154
4.4.12.2	“Power”	155
4.4.12.3	“Involvement”	156
4.4.12.4	“Ability”	157
4.4.12.5	“Holds”	157
4.5	NYT KONCERNBEGREB – ÆNDRET KONSOLIDERING?	158
4.5.1	Kontrolbegrebets delelementer	159
4.5.1.1	De facto-relationer	161
4.5.1.2	Potentielle stemmerettigheder	162
4.5.1.3	Principal-/agentrelationer	162
4.5.1.4	Strukturerede enheder	163

KAPITEL 5. REGSKABS- OG SELSKABSRETTENS KONCERNBEGREBER I EU-RETEN

5.1	EU-RETTENS KONCERNBEGREBER – INDLEDENDE RETSVIDENSKABELIGE BETRAGTNINGER	165
5.2	EU-REGSKABSRETTENS KONCERNBEGREBER	167
5.2.1	Historik	167
5.2.1.1	Regnskabsdirektiverne	167
5.2.1.2	Det forordningsbaserede koncernbegreb	181
5.2.1.3	Harmonisering og standardisering af EU-koncernregnskabsretten – hvad er nået?	185
5.2.2	Koncernbegrebet i regnskabsdirektivet (2013) – dir. 34/2013	188
5.2.2.1	Anvendelsesområdet	188
5.2.2.2	Koncerndefinitionens opbygning	188
5.2.2.3	Kontrol eller bestemmende indflydelse?	191
5.2.2.4	Vertikale koncerner, obligatoriske bestemmelser, artikel 22, stk. 1	194
5.2.2.5	Vertikale koncerner, fakultative bestemmelser, artikel 22, stk. 2	205
5.2.2.6	Horizontale koncerner, artikel 22, stk. 7	210
5.2.3	Koncernbegreberne i Regnskabsdirektivet (2013) og IASB- standarderne – konvergens og divergens	210
5.2.3.1	“Principbaseret”	211
5.2.3.2	Konvergens som målsætning	212
5.2.3.3	Udvalgte begreber	212
5.2.3.4	Konkurrerende koncernindikationer	214
5.2.4	EU IFRS 10-standardens koncernbegreb	215

5.2.4.1	Hjemmelsgrundlaget for EU IFRS 10	215
5.2.4.2	Er EU IFRS 10 "europæisk" nok?	218
5.2.4.3	Er EU IFRS 10 "europæisk lov"?	219
5.2.4.4	Forfatningsmæssig legitimitet	223
5.2.4.5	EU IFRS 10-koncernbegrebet som retsnorm	225
5.2.5	<i>EUD's rolle</i>	232
5.3	FINDES ET KONCERNBEGREB I EU-SELKABSRETEN?	233
5.3.1	<i>Den sekundære EU-selskabsret</i>	233
5.3.1.1	Historik og baggrund	235
5.3.1.2	Det tyske selskabsretlige koncernbegreb	240
5.3.1.3	Angelsaksisk koncernselskabsret	249
5.3.1.4	Sekundær koncernselskabsret i EU – "vejen frem"?	251
5.3.1.5	Kommissionens aktuelle initiativer	256
5.3.1.6	Retsvidenskabens aktuelle initiativer	258
5.3.1.7	Den primære EU-ret	263
5.3.1.8	Findes et EUD-skabt koncernbegreb?	268
KAPITEL 6. NATIONALE KONCERNBEGREBER I ÅRSREGNSKABSLOVEN OG SELSKABSLOVEN		273
6.1	KONCERNBEGREBET I ÅRSREGNSKABSLOVEN	276
6.1.1	<i>Historik</i>	276
6.1.1.1	Koncernregnskabsretten før 1990	277
6.1.1.2	Koncernregnskabsretten fra 1990 til 2005	279
6.1.1.3	Koncernregnskabsretten fra 2006 til 2015	282
6.1.2	<i>Hjemlen til krav om aflæggelse af koncernregnskaber</i>	286
6.1.3	<i>ÅRL's koncernbegreb</i>	290
6.1.3.1	Fortolkning af ÅRL's koncernbegreb	290
6.1.3.2	Elementerne i ÅRL's koncernbegreb	295
6.1.3.3	Opgørelsen af stemmerettigheder	328
6.1.4	<i>Konvergens og divergens mellem koncernbegreberne i ÅRL, IAS 27 (2008) og regnskabsdirektivet (2013)</i>	330
6.1.4.1	"Faktisk indflydelse over formel indflydelse"	332
6.1.4.2	IAS 27 (2008) – kontrol over flertallet af stemmerettigheder i øverste ledelsesorgan	333
6.1.4.3	De facto-kontrol på andet grundlag end forvaltningsmæssige beføjelser – SIC 12	334
6.1.4.4	"Faktisk kan udøve" – "faktisk udøver"	334
6.2	KONCERNBEGREBET I SELSKABSLOVEN	335
6.2.1	<i>Historik</i>	336
6.2.1.1	Koncernbegrebet i lov nr. 370 af 13. juni 1973	337
6.2.1.2	Koncernbegrebet i lov nr. 308 af 16. maj 1990	343
6.2.2	<i>SL's koncernbegreb</i>	344
6.2.2.1	Fortolkning af SL's koncernbegreb	344

6.2.3	<i>Elementerne i SL's koncernbegreb – konvergens og divergens med koncernbegrebet i ÅRL og i IAS 27 (2008)</i>	346
6.2.3.1	Anvendelsesområdet	346
6.2.3.2	Definitionerne	346
6.2.3.3	SL § 6 – konkurrerende koncernindikationer	347
6.2.3.4	Genstanden for den "bestemmende indflydelse" i selskabsretlig belysning	348
6.2.3.5	Nye koncernindikationer og -former i "DK IAS 27 (2008)"- versionen af det danske selskabsretlige koncernbegreb	350
KAPITEL 7. SAMMENFATNING, KONKLUSIONER OG "VEJEN FREM"		355
SUMMARY		373
LITTERATURFORTEGNELSE		375
AFGØRELSE		391
STIKORD		393

FIGURER

Figur 4.1: "Kontrolligningen" i IAS 27 (2008)	81
Figur 4.2: Kontrolmodellen i IAS 27 (2008), IASB Update, October 2015, og SIC 12.....	89
Figur 4.3: Indirekte ejerskab af stemmerettigheder IAS 27 (2008)	114
Figur 4.4: Interaktion mellem IFRS 10, 11, 12 og IAS 28.....	124
Figur 4.5: IFRS 10-standardens "kontrolligning"	129
Figur 4.6: Analyse af investors magtforhold	131
Figur 4.7: Styling af relevante aktiviteter efter IFRS 10	133
Figur 4.8: Substantielle og beskyttende rettigheder i relation til kontrolbegrebet.....	137
Figur 4.9: Principal-/agentforhold	151
Figur 5.1: Overblik over det vertikale koncernbegreb i regnskabsdirektivets (2013) artikel 22.....	190
Figur 5.2 "Verbundene Unternehmen"	243
Figur 6.1: Hjemmelskravet i ÅRL § 109 i forhold til koncernbegreber i ÅRL og IFRS 10	288
Figur 6.2: IASB-standardernes kontrolbegreber.....	301
Figur 6.3: ÅRL's "bestemmende indflydelse"-begreb - ordlyden.....	302
Figur 6.4: Indirekte ejerskab af stemmerettigheder.....	309
Figur 6.5: Forenklet model af ÅRL's integration med IAS 27 (2008) og regnskabsdirektivet (2013)	331
Figur 6.6: Eksempel koncernstruktur med SPE og "silo"	351

FORKORTELSER

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesellschaft Gesetz
AL	Aktieselskabsloven
ApL	Anpartsselskabsloven
ARC	Accounting Regulatory Committee
Bek.	Bekendtgørelse
Bet.	Bet.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Cirk.	Cirkulære
D	Datterselskab
Dir.	Direktiv
DD	Datterdatterselskab
EBLR	European Business Law Review
ECL	European Company Law
EECS	European Enforcement Coordination Sessions
EFRAG	European Financial Reporting Advisory Group
ELR	European Law Review
EU	Den Europæiske Union
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschafts- recht, Kurzkomentare (løsblds- indlæg i ZIP)
FASB	Federal Accounting Standard Board
FSR	Foreningen af Statsautoriserede revisorer
FT	Folketingstidende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
H	Højesterets dom eller kendelse
IAS	International Accounting Standards

IASB	International Account Standards Board
IFRIC	International Financial Reporting Interpretation Committee
IFRS	International Financial Reporting Standards
J	Juristen
JD	Juristens Domssamling
JZ	Juristen Zeitung, Tübingen
L	Lovforslag (nr.)
LL	Ligningsloven
LR	Ligningsrådet (nu: Skatterådet)
LSK	Landsskatteretskendelse
M	Moderselskab
ND	Nordisk Domssamling
NOU	Norges Offentlige Utredninger
NTS	Nordisk Tidsskrift for Selskabsret
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
R&R	Revision og Regnskabsvæsen
Rdir	Ministerrådets direktiv
SARG	Standards Advice Review Group
SEL	Selskabsskatteloven
SL	Selskabsloven
SPE	Special purpose entity
SR	Skatterådet (tidligere: Ligningsrådet)
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde
TfS	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
UfR eller U	Ugeskrift for Retsvæsen
UNICE	Association of Industries within the European Community
US-GAAP	US Generally Accepted Accounting Principles.
V	Vestre Landsrets kendelse eller dom.
VHL	Værdipapirhandelsloven.
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

ZIP
Ø
ÅRL

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Østre Landsrets kendelse eller dom.
ÅRL

KAPITEL 1. INDLEDNING

1.1 Afhandlingens emne

1.1.1 Hvorfor en afhandling om koncernbegreber?

Et selskabs ledelse, der måtte rådføre sig med revisor eller advokat om en given dispositions egnethed til at foranledige etablering eller ophør af retlig koncernforbindelse, må forvente et svar, der indledes med: ”Det kommer an på”.

Når det kommer til dansk (eller international) rets koncernbegreber, gælder nemlig ikke et princip om ”one-size-fits-them-all”; retsområde for retsområde har udviklet eet eller flere koncernbegreber, der alle med udgangspunkt i forskelligartede retlige og faktuelle problemstillinger og som formålsbestemte legaldefinitioner (Zweckbegriffe)¹ afgrænser området for den regulering, som tilsigtes med det pågældende regelsæt.

Det følger heraf, at koncernbegreber således ikke beskriver, hvad en koncern er, men snarere må anskues som et lovteknisk virkemiddel² (”une création de la doctrine et de la jurisprudence”, jf. nærmere senere i afhandlingen).

Koncernbegreber spiller dermed i erhvervslivet en helt central rolle som ”lakmusprøve” inden for de respektive retlige områders koncernregulering i forhold til en klarlæggelse af en koncernrelations beståen eller ikke beståen.

Der er gennem årene skrevet betydningsfulde både danske og udenlandske fremstillinger af koncernretten, herunder især afhandlinger omhandler materielle selskabsretlige aspekter af koncernen (flere af disse med fokusering på tysk selskabsret), og sådanne afhandlinger har som en del af behandlingen af koncernretten inden for et givent retligt område beskæftiget sig med analyse af det på daværende tidspunkt gældende koncernbegreb.

Når en afhandling om emnet koncernbegreber alligevel i 2015 synes berettiget, beror det især på 4 forhold:

For det første har emnet en åbenbar **aktualitet**.

Til denne aktualitet bidrog især ændringerne i 2009 af koncernbegreberne i såvel ÅRL som SL, hvor koncerndefinitionen i regnskabsstandarden IAS 27 (inklusive

¹ Se nærmere herom i afsnit 2.3.

² Se også Krüger Andersen i Studier i dansk koncernret, 1997, side 330 ff.

IASB Update, October 2005, og fortolkningsbidraget SIC 12), der var udarbejdet af den private organisation IASB, blev anvendt som udgangspunkt for den danske lovgivers formulering af ÅRS's og SL's koncernbegreber (og dermed også indirekte ved "afsmitning" fik betydning for en række andre retsområders koncernbegreber, herunder f.eks. skatterettens og børsrettens koncernbegreber).

Inden for regnskabsrettens område er endvidere opstået et nyt koncernbegreb for så vidt angår børsnoterede selskabers aflæggelse af koncernregnskaber (koncernbegrebet i den internationale regnskabsstandard IFRS 10), som nu på tidspunktet for denne afhandlings udarbejdelse træder i kraft og med virkning for regnskaber, der skal aflægges for regnskabsår med start fra 1. januar 2014, ligesom der i EU's regnskabsdirektiv 34/2013, der skal implementeres i den danske regnskabslovgivning seneste sommeren 2015, er indeholdt en ny koncerndefinition.

På selskabsrettens område, hvor der i årtier i EU-regi og blandt retsvidenskabsfolk ud over Europa har været arbejdet intenst med koncernselskabsretlige problemstillinger, blev i Kommissionens handlingsplan fra december 2012³ introduceret en ny indsats på koncernområdet, nemlig den at fremlægge forslag til en unionsretlig regulering af selskabsretlig anerkendelse af "group interest".

De netop nævnte retlige områder udgør ingenlunde nogen udtømmende opregning af retlige områder, hvor nye koncernbegreber er kommet til i dansk ret. I det seneste årti er der i tillæg til de allerede nævnte retlige områder også opstået koncernbegreber inden for blandt andet skatteretten, børsretten, insolvensretten, arbejdsretten og konkurrenceretten.

For det andet ses **tilblivelsen** af sådanne nye koncernbegreber at være sket i en symbiose af national ret, international ret, private organisationers udarbejdelse af standarder samt national og international dommerskabt ret, som alt på forskellig vis finder vej til at udgøre elementer i dansk gældende ret.

Der er således tale om tilstand præget af en art retspluralisme, der indebærer, at påvirkningerne af koncernretten, herunder koncernbegreber, er legio og medfører en mangfoldighed i koncernbegreberne, som afspejler de brydninger, der eksisterer mellem forskellige nationale og retlige traditioner og mellem forskellige faglige (herunder økonomiske og juridiske) professioners tilgange til spørgsmålet om, hvorledes koncernen retligt skal kvalificeres.

Når landskabet over koncernbegreber i dansk ret betragtes samlet, synes det umiddelbart vanskeligt at identificere nogen specifik analytisk tilgang fra lovgivers side til den retlige afgrænsning af koncernen.

³ COM (2012 740/2, Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – a Modern Legal Framework for more Engaged Shareholders and Sustainable Companies.

I den sammenhæng udfordrer ikke mindst de internationale private standardsættende organisationers rolle i tilblivelsen af nye regelsæt den retsvidenskabelige tænkning og tradition, som hidtil har ligget til grund for udarbejdelsen, vedtagelsen, placeringen i retlige hierarkier, sanktioneringen og ændringen af lovbestemmelser, herunder også den i nordisk sammenhæng tidligere fremherskende forestilling om, at formuleringen af forskellige retsområders koncernbegreber måtte udspringe af den selskabsretlige forståelse af koncernbegrebet.⁴

At koncernregnskabsretten i samtiden er den væsentligste drivkraft i forhold til at udvikle danske koncernbegreber må således anses for uomtvistet, uagtet at der aktuelt i EU-regi og hos europæiske selskabsretsteoretikere tillige udfoldes store anstrengelser for at opnå selskabsretlige landvindinger, der anses for nødvendige i betragtning af det forhold, at netop koncerndannelser anses for væsentlige under hensyntagen til erhvervslivets behov for hensigtsmæssige strukturer i forbindelse med globale forretninger.

For det tredje indtrådte der med ændringen i 2009 af henholdsvis ÅRL's og SL's koncernbegreber et væsentligt **indholdsmæssigt** paradigmeskifte, når det kommer til koncernbegreber i dansk ret.

Ikke alene ændredes koncernbegrebernes udformning og betydning; der var også tale om et næsten manifest tilvalg af angelsaksisk tradition og tænkning i forhold til at definere koncernen ud fra en rent økonomisk, og herunder især markedsøkonomisk, præmis, herunder at se koncernen som en særlig type virksomhedsgruppe, der kendetegnes ved eksistensen af en kontrolrelation mellem en koncernmoder og én eller flere koncerndøtre, en kontrolrelation der i øvrigt er betinget af en koncernmoders motivation for at opnå økonomiske (eller andre) fordele gennem tilstedeværelsen og anvendelsen af enten en juridisk (de jure) eller faktisk (de facto) magt over én eller flere koncerndøtre.⁵

Den danske lovgivers beslutning om at "go all-in" for så vidt angår anvendelsen af en privat organisations regnskabsstandarder (IASB/IFRS) som "skabelon" for såvel regnskabsretlige som selskabsretlig koncerndefinitioner (og hermed via afsmitning også til andre retsområder såsom f.eks. skatteretten) indebærer på denne måde en

⁴ Krüger Andersen forkastede med rette i sin disputats "Dansk Koncernret", 1997, side 334, en – vistnok i retslitteraturen indtil da udbredt – antagelse om, at det selskabsretlige koncernbegreb skulle være et "grundbegreb". Retrospektivt kan det konstateres, at hans antagelse om et koncernbegreb "...problemkreds for problemkreds, lov for lov, retsområde for retsområde ..." har vist sig rigtig frem til nutiden, ikke mindst uden for dansk ret, ligesom det må konstateres, at de regnskabsretlige koncernbegreber har vist sig at have en væsentlig større betydning for udviklingen af en række andre koncernbegreber end det selskabsretlige koncernbegreb.

⁵ Fra amerikanske US-GAAP-standarder kendes således begrebet "primary beneficiary", når kontrolindikation skal efterprøves.

anvendelse af sådanne regnskabsstandarde, som rækker langt ud over det anvendelsesområde, som de oprindeligt var tiltænkt, nemlig regnskabsretten.

I kølvandet på den beskrevne beslutning om at tildele en privat international organisations standarder en så central placering i dansk og europæisk lovgivning rejser der sig, udover spørgsmålet om indholdet og fortolkningen af indholdet i standardernes bestemmelser, en række spørgsmål af retsvidenskabelig karakter, herunder i tilknytning til reglernes tilblivelse og fortsatte udvikling.

Blandt disse spørgsmål trænger især eet sig aktuelt på, idet den danske lovgiver i forarbejderne til såvel ÅRL som SL eksplicit har betonet de danske koncerndefinitioners tætte sammenhæng med koncerndefinitionen i en konkret regnskabsstandard og en fortolkning hertil (IAS 27 (2008), henholdsvis SIC 12).

Denne regnskabsstandard er imidlertid med virkning fra 1. januar 2014 afløst af en ny regnskabsstandard (IFRS 10), som på væsentlige punkter adskiller sig fra udformningen af den tidligere standard IAS 27 (2008). Spørgsmålet er herefter, hvilken – om nogen - effekt denne ændring måtte have på den fremtidige anvendelse af de berørte danske koncernbegreber.

Et fjerde forhold kunne med rette nævnes: Afhandlingens behandling af de ovenfor nævnte emner efterlader en række betydningsfulde men ubesvarede spørgsmål i tilknytning til den fremtidige udvikling af koncernbegreber i dansk (og europæisk) ret.

De lege ferenda-aspektet anses i denne sammenhæng for at være et så væsentligt og kompliceret spørgsmål, at emnet ikke i denne afhandling kan rummes med den forskningsmæssige dybde, som emnets kompleksitet og betydning for erhvervslivet berettiger til.

Afhandlingen afsluttes derfor i sidste kapitel dels med en sammenfatning af afhandlingens konklusioner og dels med en sammenfatning af udvalgte spørgsmål, som rejser sig i tilknytning til spørgsmålet om ”vejen frem”.

De store og vigtige spørgsmål, såsom om der overhovedet er behov for koncernbegreber og –regulering, hvor en sådan regulering i givet fald skal komme fra, hvilket grundsyn der i samtiden skal lægges til grund for den retlige tænkning af koncernen, om der skal være tale om national, europæisk eller global regulering regulering etc., problematiseres men behandles således ikke i afhandlingen.

Forfatterens ambition med nærværende afhandling er at skabe et validt øjebliksbillede af, ”et fodfæste” i forhold til, danske koncernbegrebers indholdsmæssige substans, herunder at analysere indholdet og rækkevidden af den fællesmængde af koncernindikationer, som kan identificeres ved analyse af

koncernbegreberne, og at kortlægge og analysere de sammenhænge, som kan spores i tilblivelsen af forskellige retsområders koncernbegreber.

Fra forfatterens side er det et håb, at afhandlingen dermed bliver et bidrag for videre forskning inden for et emne, der med nærværende afhandling langt fra vil være udtømt, og hvis videre udvikling netop i disse år har stor aktualitet.

1.1.2 Centrale problemstillinger i afhandlingen

Afhandlingen beskæftiger sig grundlæggende med tre dimensioner med tilknytning til emnet ”danske koncernbegreber”:

Den første dimension omhandler en analyse af den internationale regnskabsstandard, IAS 27 (2008), med det indhold, som den oprindeligt i den økonomiske profession var tiltænkt, og den anvendelse, som faktisk blev den tildelt i international regnskabspraksis – med andre ord en analyse af ”IAS 27 (2008) Classic”.

I tilknytning hertil analyseres også koncernbegrebet i denne standards afløser, IFRS 10, og forskellene mellem de to analyseres med henblik på opstilling af antagelser om eventuelle ændringer i konsolideringspraksis som følge heraf.

I tilknytning hertil behandles spørgsmålet om, hvordan en regnskabsteknisk standard kvalificeres i forhold til retlige regler.

I afhandlingens sammenhæng er en sådan analyse af IAS 27 (2008)-standard, uanset at den ej længere eksisterer som konsolideringsstandard, en væsentlig referenceramme i forbindelse med den indholdsmæssige analyse af de danske koncernbegreber inden for regnskabsretten og selskabskabsretten og dermed også for en række øvrige danske koncernbegreber, som ikke nærmere behandles i denne afhandling (f.eks. skatteretlige og børsretlige koncernbegreber).

Men analysen er i denne forbindelse også en væsentlig kilde til forståelsen af de forskelle, som uanset og/eller i kraft af bemærkningerne i forarbejder til 2009-lovene (ÅRL og SL) består mellem IAS 27 (2008)-standard og nævnte danske love, hvad enten sådanne forskelle beror på lovgivers velovervejede til- og fravalg, eller hvad enten sådanne forskelle måtte være udslag af uklarhed i forhold til standardens oprindeligt tilsigtede indhold.

Den anden dimension omhandler **EU-rettens påvirkning i forhold til danske koncernbegreber**. Blandt andre centrale spørgsmål er i denne sammenhæng EU-rettens både vedtagne og eventuelle ikke-vedtagne koncernbegreber, som de manifesterer sig (eller netop ikke manifesterer sig) i dansk ret.

En væsentlig kilde til forståelsen af koncernbegrebers indholdsmæssige substans udgør det enkelte retsområdes koncernmæssige ratio legis. Omend afhandlingens emne udtrykkeligt netop ikke er ”koncernretten” i bred forstand – men ”koncernbegreber” – indgår i denne sammenhæng derfor i fornødent omfang også i et indledende afsnit en kortfattet analyse af de respektive retsområders koncernretlige raison d’être.

Afhandlingens tredje dimension er af **retsvidenskabelig karakter** og fokuserer på danske koncernbegrebers opbygning og egnethed (”anatom”) som formålsbestemte legaldefinitioner og lovtekniske virkemidler. Blandt væsentlige spørgsmål, der i denne sammenhæng behandles er f.eks. følgende:

Hvilken erhvervsmæssig virkelighed afspejles i koncernbegreber: en økonomisk? – en juridisk? – en organisatorisk? Og kan der antages eller dokumenteres at foreligge en doktrin om, at ”økonomisk enhed” udgør en *conditio sine qua non*, når der gælder koncernbegreber?

Foreligger der eet eller flere koncernbegreber? – Og findes i givet fald en ”fælles kerne”?

Hvilke momenter bidrager til et koncernbegrebs egnethed i forhold til at fungere som en formålsbestemt legaldefinition?

EU-retlige spørgsmål i tilknytning til blandt andet subsidiaritet, legalitet og bestræbelserne på at fremme ensartethed og harmonisering.

Et væsentligt retsvidenskabeligt spørgsmål er i denne sammenhæng konsekvensen af, at den danske lovgiver som allerede beskrevet i 2009 valgte at lægge den internationale regnskabsstandard IAS 27 (2008) med tilhørende fortolkningsbidrag SIC 12 til grund for indførelsen af nye koncernbegreber i ÅRL og SL, og at nævnte standard pr. 1. januar 2014 er afløst af et nyt koncernbegreb i en ny standard IFRS 10, som på afgørende punkter både i sin udformning og i sin generelle tilgang til standardens anvendelsesområde og –måde er ændret. Koncernbegreber med udgangspunkt i formuleringen af og tænkningen bag koncernbegrebet i ”IAS 27 (2008) Classic” blev således pr. 1. januar 2014 ”yesterday’s news”.

I tilknytning hertil opstår en række spørgsmål og problemstillinger:

Inden for regnskabsretten valgte den danske lovgiver at lægge ÅRL’s koncernbegreb tæt op ad IAS 27 (2008) blandt andet ud fra en betragtning om enkelhed. Der sås fordele ved at anvende koncernbegreber med høj grad af ensartethed for henholdsvis noterede og unoterede selskabers koncernregnskaber.

Nu opereres med to forskellige koncernbegreber inden for regnskabsretten: eet i ÅRL som minimumskrav for koncerner, der ikke har tilvalgt EU IFRS 10-standardens langt mere omfattende regler for aflæggelse af konsoliderede regnskaber, eller som ikke i henhold til ÅRS's øvrige bestemmelser helt kan fritages fra pligten til aflæggelse af årsregnskaber, og eet for alle børsnoterede koncerner, der alle er pligtige at aflægge konsoliderede regnskaber efter EU IFRS 10-standardens.

IAS 27 (2008) eksisterer ikke længere og indeholder derfor ikke potentialet til fortsat at kunne bidrage til udviklingen af en tidssvarende retlig forståelse af koncernbegreber. Der kommer ikke ny praksis til, som kan tjene som udgangspunkt for fastlæggelsen af gældende ret, og standardens opbygning mister med udviklingen af nye og mere principbaserede formuleringer af koncernbegreber gradvist sin berettigelse – også som grundlag for væsentlige nationale danske koncernbegreber.

Sidstnævnte problemstilling aktualiserer med baggrund i traditionel retlig tænkning en række spørgsmål i tilknytning til retsdannelsen: lovgivningsmagtens indarbejdelse i lovgivningen af krav til borgere og virksomheder om anvendelse af standarder, der udvikles af private eller offentlige organisationer og virksomheder, er ingenlunde usædvanlige.

Men den omhandlede regulering underlægges dermed alt andet lige i væsentligt omfang de præmisser for standardernes anvendelse og udvikling, som fastlægges af den pågældende organisation eller virksomhed, som udvikler og udbyder standarderne.

Afhandlingen behandler de problemer i tilknytning til retsdannelsen, som dels EU-rettens og dels national dansk rets valg af IASB's standarder som udgangspunkt for regulering af samfundsmæssigt væsentlige retlige områder indebærer.

Endelig analyseres også de valg af semantisk karakter, som ligger til grund for den i danske koncernbegreber anvendte terminologi. Afhandlingen dokumenterer, hvorledes det danske (og i væsentligt omfang også de øvrige nordiske) retssystem(er) i modsætning til andre retssystemer og de internationale regnskabsstandarder har fastholdt en ældre terminologi med udgangspunkt ældre regnskabsmæssige forskning og litteratur samt tidlige EU-retlige regler. Afhandlingen analyserer betydningen heraf og argumenterer for en semantisk tilnærmelse for en række danske koncernbegreber til moderne internationale retsforskrifters begrebsanvendelse.

Afhandlingens fjerde dimension indeholder med baggrund i en sammenfatning overordnede de lege ferenda spørgsmål og betragtninger, idet der – med inspiration

fra titlerne på to af Kommissionens tidligere henholdsvis regnskabsretlige og selskabsretlige handlingsplaner – rejser spørgsmålet om **”vejen frem”**.

Afhandlingen rejser spørgsmålet om, hvorvidt der overhovedet er behov for koncernbegreber og i givet fald, i hvilket regi sådanne kan/bør udvikles, foruden spørgsmålet om sådanne koncernbegrebers indhold og form.

Nogen egentlig besvarelse af spørgsmålene indeholder afhandlingen ikke, idet afhandlingens rammer som beskrevet alene rækker til at rejse og begrunde en række spørgsmål i tilknytning hertil. Som allerede omtalt i slutningen af det foregående afsnit rummer ”vejen frem”-aspektet et betydeligt potentiale for ikke alene danske men også internationale forskeres videre arbejde.

1.1.3 Afgrænsning af afhandlingens emne

Det er en væsentlig præmis for denne afhandling, at afhandlingens fokusområde er danske koncernbegreber – og ikke koncernretten i bred forstand. Når afhandlingen desuagtet i en række sammenhænge beskæftiger sig kursorisk med elementer fra forskellige retsområders koncernregulering, beror dette på det faktum, at koncerndefinitioner er såkaldte ”Zweckbegriffe” (legale formålsdefinitioner), og at forståelsen af deres indholdsmæssige substans i væsentligt omfang ligger i umiddelbar tilknytning til de retlige spørgsmål, som inden for hvert enkelt retsområde tilstræbes reguleret. En fremstilling af retsområders materielle koncernret ligger imidlertid uden for denne afhandlings emne.

Afhandlingen beskæftiger sig i hovedsagen med koncernbegreber fra regnskabsretten og selskabsretten, men berører også koncernbegreber fra skatteretten, børsretten, konkurrenceretten, insolvensretten og reguleringen af finansielle virksomheder.

Udgangspunktet for afhandlingen har været et fokus på koncernbegreber i relation til kapitalselskaber. Inden for visse retsområder (f.eks. selskabsretten) har denne afgrænsning været relativt entydigt mulig, inden for andre retsområder har denne afgrænsning fulgt af sagens natur (f.eks. børsretten), og endelig har en sådan afgrænsning været mindre entydig inden for igen andre retsområder (f.eks. regnskabsretten).

Denne afgrænsning har blandt andet medført, at også praksis vedrørende andre virksomhedsmæssige retsformer er inddraget, hvor en sådan praksis har haft gyldighed også for koncernproblemstillinger i forhold til kapitalselskaber.

Det følger af denne afhandlings emne, at komparative betragtninger i et vist omfang må indgå i afhandlingen. Koncernproblemstillinger er i en moderne erhvervsøkonomisk kontekst jo ofte internationale eller endog globale af natur.

Systematiske komparative studier ligger imidlertid ikke inden for formålet med nærværende afhandling, og komparative elementer inddrages alene selektivt, når de i en konkret sammenhæng tjener det formål at belyse en praksis, som ses at have en væsentlig betydning for behandlingen af dansk rets koncernbegreber.

Ejheller er der med afhandlingen tilsigtet nogen egentlig retshistorisk behandling af stoffet, om end historik indgår i en række sammenhænge i en udformning, der understøtter den udredning og argumentation, som indeholdes i de angivne afsnit.

Retspolitiske momenter indgår i afhandlingen, men alene som betragtninger i situationer, hvor uhensigtsmæssigheder i retstilstanden er konstateret, og således ikke som en egentlig selvstændig retspolitisk helhed.

1.2 Afhandlingens metode og materiale

Afhandlingens struktur ses bedst ud fra forestillingen om en matrix-opbygning, hvor de vertikale elementer udgøres af retsdogmatiske beskrivelser og analyser af gældende ret – dels for så vidt angår den nu udfasede IAS 27 (2008) standard ("IAS 27 Classic") og dels for så vidt regnskabsrettens og selskabsrettens koncernbegreber.

De horisontale elementer udgøres i hovedsagen af tværgående (i forhold til ovenfor nævnte retsområder) indledende begrebsfastlæggelser samt beskrivelser og analyser af problemstillinger af retsvidenskabelig karakter og de (meget) overordnede de lege ferenda betragtninger.

De retsdogmatiske afsnit er dermed det fundament, som beskriver og analyserer indholdsmæssige aspekter af i hovedsagen regnskabsrettens og selskabsrettens koncernbegreber, og hvorpå afhandlingens tværgående behandling af spørgsmål om koncernbegrebers opbygning og funktion beskrives og analyseres.

I vid udstrækning – og hvor det i øvrigt er muligt – er anlagt et retspositivistisk udgangspunkt for anvendelsen af gængs juridisk metode. Imidlertid er afhandlingen kendetegnet ved, at en række af de centrale "retskilder" reelt ikke er eller i deres udgangspunkt ikke har været – og at det ejheller har været tilsigtet, at de skulle være - retskilder i gængs juridiske forstand, men i stedet har karakter af frivillige og private standarder udarbejdet med udgangspunkt i økonomisk videnskab og revisionsmæssig praksis.

At anvende retsvidenskabelig metode på sidstnævnte "retskilder" uden tanke for deres særlige karakter forekommer ikke alene ureflekteret, men også fagligt kritisabelt.

Denne tilgang til emnet afspejles klart i afhandlingens fortolkning af disse forskellige egentlige og uegentlige retskilder:

Traktatbestemmelser har i fortolkningsmæssig henseende været vanskeliggjort af det faktum, at Domstolen i stigende grad ses at praktisere en dynamisk fortolkningsmetode, hvilket indebærer en vis uforudsigelighed i retstilstanden.

Forordninger er fortolket med udgangspunkt i deres ordlyd og dette i væsentligt omfang under inddragelse af især engelske, tyske, franske og nordiske sprogversioner. I fortolkningen af forordninger inddrages tillige i et vist supplerende omfang formålsfortolkning.

Når det gælder direktivbestemt national dansk lovgivning, inddrages danske lovmotiver, men hovedvægten i fortolkningen lægges på de respektive bagved liggende direktiver og i ikke uvæsentligt omfang på de KOM-dokumenter, som foreligger i forbindelse med direktivernes udformning og vedtagelse.

Det gælder i forhold til alle de behandlede EU-retlige regler og tilhørende KOM-dokumenter, at forskellige sproglige versioner har ført til forskellige fortolkninger, og at semantiske valg i tillæg hertil er genstand for særlige behandling i afhandlingen.

I tilfælde, hvor regler har et rent nationalt dansk udgangspunkt og udgør et rent dansk anliggende, anvendes traditionel ordlyds- og motivfortolkning, og lovmotiverne inddrages i betydeligt omfang. Anerkendes må det imidlertid, at sådanne rent danske koncernbegreber er undtagelsen frem for reglen i det udvalg af koncernbegreber, som behandles i nærværende afhandling, og at selv retlige områder, der ret beset må betragtes som nationale anliggender (f.eks. den selskabsretlige koncernret), på fakultativt grundlag har tilvalgt en placering tæt op ad andre regimer.

Når det gælder de internationale regnskabsstandarter, som i praksis spiller så væsentlig en rolle for afhandlingens emne, må imidlertid traditionel juridisk metode anvendes med stor varsomhed.

De internationale regnskabsstandarter udspringer ikke af retsvidenskaben, men af økonomisk videnskab, og de er udviklet af økonomer, fortrinsvis revisorer, som med baggrund i markedets krav om investorrelevant ”varedeklaration” af store koncerner og solid mangeårig økonomisk videnskabeligt arbejde med samme fokus har udviklet og raffineret modeller og standarder, der i deres oprindelige natur var et fakultativt tilbud om en systematik, hvortil var knyttet en høj kendskabsgrad og en bred accept blandt økonomer og i bredere forstand handlende på alverdens børser.

De internationale regnskabsstandarter var i deres oprindelse og af natur ikke autoritative, og der bestod og består fremdeles et marked for internationale standarter, hvilket indebar og indebærer, at enhver virksomhed frit kan vælge blandt markedets standarter, om end et valg af f.eks. US-GAAP-standarten muligt kan indebære udarbejdelse af ekstra regnskaber, såfremt de pågældende virksomheder under alle omstændigheder er underkastet specifikke krav til regnskabsaflæggelse i deres hjemlande eller fra EU.

Kendetegnende for de internationale regnskabsstandarter er det, at udviklingen i de senere år går i retning af principbaserede koncernbegreber og væk fra ”bright-line”-baserede bestemmelser.

De internationale regnskabsstandarter lægger i stigende omfang vægt på ”proces” og på skøn baseret på omfangsrige undersøgelser af faktuelle forhold i fortiden (som det jo altid er en præmis for årsregnskabsretten) og bliver således langt mere metode- og procesorienterede, end hvad sædvanligvis kendes fra den juridiske videnskab.

Begreber, herunder koncernbegreber, formuleres nu i stigende grad i standarterne ved principper, der i standarterne illustreres ved eksempler og præciseringer.

Lighedspunkterne med traditionelle lovbestemmelser svinder både for så vidt angår bestemmelseernes udformning og den metode, som forudsættes anvendt i forbindelse med udmøntningen af praksis i henhold til de pågældende standarter.

De internationale regnskabsstandarter må derfor fortolkes efter en særlig metode, hvor ordlyd og formål naturligvis indgår som elementer, men hvor den meget betydelige mængde af skriftlige og virtuelt baserede bidrag fra den indledende og løbende udvikling og tilpasning af standarterne samt almindelig regnskabspraksis er en rettesnor.

Et faktum er det, at tilpasningen og uddybningen af standardens indhold pågår som en kontinuerlig proces, og at bidrag til fortolkning og egentlige ændringer til standarterne flyder som en lind strøm, der ingenlunde er underkastet omstændelige (og tidskrævende) grundlovs- eller traktatfæstede procedurer for deres vedtagelse. Fortolkning må således ske under hensyntagen til den beskrevne evigt fortløbende proces.

Praksis spiller en varierende rolle for de forskellige typer af ”retskilder”; dansk regnskabs- og selskabsret indeholder kun et ubetydeligt antal domme, hvor koncernbegreber prøves. Men inddrages praksis fra det skatteretlige område og afgørelser fra nationale og europæiske navn og selskabs- og tilsynsmyndigheder ses alligevel en ikke helt ubetydelig praksis.

Når det gælder EU-retlige afgørelser, ses tilsvarende få afgørelser fra Domstolen (idet der dog på f.eks. konkurrencerettens og miljørettens område ses afgørelser omhandlende koncernrelaterede problemstillinger).

Når der imidlertid inddrages praksis indsamlet af ESMA (tidligere CESR), ses alligevel at bestå en værdifuld praksis, der illustrerer forskellige nationaliteter og branchers i øvrigt meget forskelligartede tilgang til fortolkningen af bestemmelser indeholdende koncernbegreber.

Hvad ovenfor er nævnt om fortolkning af regler og standarder og praksis i tilknytning hertil afspejler tillige, hvad også gælder for de øvrige kilder, som er anvendt som grundlag for afhandlingen; på den ene side den juridiske metodes vægtning af lov- og andre bestemmelsers ordlyd, forarbejder, retsvidenskabelig litteratur i form af monografier og artikler, praksis mv. – og på den anden side tilgangen til den økonomiske videnskabs ”kilder”, hvor standardernes ordlyd, økonomisk videnskabelig litteratur, løbende opdateringer i ”nyhedsbreve”, praksis som beskrevet i forskellige sammenhænge, eller som findes udtrykt i store koncerners koncernregnskaber, en betydelig forekomst af offentliggjorte referater fra faglig mødeaktivitet i IASB-fonden og virtuelle optagelser af møderækker i samme, større revisionsfirmaers vejledninger og andre trykte bidrag må inddrages – alt med den klokkeklare forudsætning, at anvendelse af juridisk metode på en økonomisk videnskab som allerede omtalt må ske med varsomhed.

Da imidlertid visse internationale regnskabsstandarder på sin vis kan siges at være blevet ”transformeret” til lov, alt jf. afhandlingens senere afsnit, og da ”gældende ret” som konsekvens heraf må udledes på baggrund heraf, må i lyset af disse internationale standarders eksistens og udbredelse udvikles, og anerkendes, en juridisk metodetilgang, der på de internationale regnskabsstandarders særlige præmisser muliggør anvendelsen af sådanne.

Afhandlingen bevæger sig hermed ud i for de fleste jurister nyopdyrket land, hvor anvendelsen af kilder og fortolkningsbidrag i øvrigt langt fra vil synes i god overensstemmelse med den kyndige jurists traditionelle anskuelser i forhold til hensigtsmæssig omgang med traditionel juridisk metode.

Hvad ovenfor imidlertid er anført om grundlaget for internationale regnskabsstandarder, ændrer ikke på det faktum, at der til grund for IASB-standarderne ligger velgennemarbejdede kilder, en betydelig og velbeskrevet praksis samt et væld af forståelses- og fortolkningsbidrag i øvrigt, som hverken i kvantitet eller kvalitet er størstedelen af gængs juridisk regulering underlegen, men hvis største retskildemæssige vanskelighed beror på især to forhold: at IASB-standarderne fortsat anvendes meget uensartet og med baggrund i forskellige verdensdeles meget forskelligartede regnskabsmæssige tradition, og at standarderne

modificeres og tilpasses med en hastighed og på en uformel måde, der vanskeligt lader sig tilpasse mønstre, hvorefter ”egentlige” juridiske regler ændres og tilpasses.

1.3 Plan for afhandlingen

Afhandlingen er opdelt i 7 kapitler, der alle omhandler hvert sit emne. Mellem de forskellige dele er en sammenhæng: Kapitel 1 (Indledning), kapitel 2 (Afhandlingens begreber), kapitel 3 (Koncernbegrebers *raison d'être*) og kapitel 7 (Sammenfatning, konklusioner og ”vejen frem”) indeholder elementer, der går på tværs af de øvrige kapitler 4 (IASB-standardernes koncernbegreber), 5 (Regnskabs- og selskabsretlige koncernbegreber i EU-retten) og 6 (Nationale koncernbegreber i årsregnskabsloven og selskabsloven).

Mellem kapitel 4 (IASB-standardernes koncernbegreber), 5 (Regnskabs- og selskabsretlige koncernbegreber i EU-retten) og kapitel 6 (Nationale koncernbegreber i ÅRL og SL) er der endvidere den indbyrdes sammenhæng, at kapitel 4 om den internationale regnskabsstandard IAS 27 tjener som referenceramme for analysen af de danske koncernbegreber i regnskabsretten og selskabsretten i kapitel 6.

I kapitel 2 fastlægges grundlæggende antagelser om koncernbegrebet, og antagelser om centrale begrebsmæssige forudsætninger for afhandlingen behandles. Sidstnævnte anses for værende af særlig betydning for denne afhandlings emne, idet dansk sprogbrug adskiller sig fra anden international sprogbrug på en række områder, og idet særligt begrebet ”koncern” generelt anvendes bredere i dansk end i anden international sammenhæng.

Kapitel 3 omhandler koncernbegrebers *raison d'être* og er dermed en fælles referenceramme for de retsdogmatiske analyser i kapitlerne 4 – 6.

I kapitel 4 om de internationale IASB-regnskabsstandarter er inkluderet et afsnit om angelsaksisk koncernregnskabsret, hvori introduceres til den angelsaksisk funderede tænkning og økonomiske videnskab, der ligger til grund for udarbejdelsen af konsoliderede regnskaber og herunder også for forståelsen af den angelsaksiske regnskabsmæssige koncern. I kapitel 4 inddrages tillige international praksis (fortrinsvis fra ESMA) til illustration heraf.

I kapitel 5 om EU-rettens koncernbegreber introduceres forskellige kontinentaleuropæiske teorier om koncernen i såvel regnskabs- som selskabsretlig henseende. Kapitlet analyserer, hvorledes der både på nationale niveauer og i EU-regi er udviklet forskelligartede teorier om koncernbegreber, og hvorledes disse indbyrdes som byggestene har interageret på en måde, der fører frem til nutidens regnskabsretlige koncernbegreber.

I kapitel 6 analyseres med udgangspunkt i hovedsagen i ÅRL's koncernbegreb det koncernbegreb, der nu gælder både i ÅRL og SL. Konvergens og divergens i forhold til såvel EU-direktiver og til regnskabsstandards opgøres. Tillige perspektiveres i tilknytning til SL nogle af de nyskabelser i koncernselskabsretten, som indførelsen af den nye koncerndefinition har medført.

I kapitel 7, Sammenfatninger, konklusioner og "vejen frem", indeholdes de væsentligste resultater af såvel de retsdogmatiske analyser som af de forhold af retsvidenskabelig karakter, der har knyttet sig til de enkelte afsnit. På baggrund heraf opstilles et øjebliksbillede af, hvor udviklingen af danske koncernbegreber inden for regnskabs- og selskabsretten for nuværende befinder sig.

Endelig skræbes der i overfladen af de lege ferenda betragtninger for så vidt angår koncernbegrebers indhold og udviklingen heraf. Mere bliver det i denne afhandling ikke til, som det allerede er angivet ovenfor i de indledende afsnit.

KAPITEL 2. AFHANDLINGENS BEGREBER

2.1 ”Koncernretten”

Gomard konstaterede i 1998,¹ at for virksomheder og borgere fremstår den retlige regulering af koncerner som et hele, og desuden at enhver teoretisk fremstilling af koncernret, uanset en valgt afgrænsning ud fra generelle kriterier, kan lære af overvejelser og regler, der er udviklet uden for en valgt afgrænsning af rammen for emnet koncernret.

Udsagnet kan i det hele tiltrædes og afspejles også i tilgangen til denne afhandlings emne, sådan som det er formuleret i afsnit 1.1.3.

I nærværende afhandling bruges termen ”koncernret” derfor om de elementer af retlig regulering, som er spredt ud over en flerhed af danske retsområder, når disse regler i almindelighed efter dansk sprogbrug betegnes som ”koncernregler”, og uanset at afhandlingen i en række sammenhænge behandler netop spørgsmålet om, hvorvidt der grundlæggende reelt i forhold til forståelsen af koncernbegrebet er tale om koncernsituationer i juridisk forstand.

Se hertil Paul Krüger Andersens afgrænsning af koncernretten som følger:

”Koncernretten er de selskabsretlige regler om forholdet mellem dominerende virksomheder (selskaber) og de dem undergivne virksomheder (selskaber)”.²

Et eksempel herpå er EU-regnskabsretten, hvor der i årtier har været udfoldet anstrengelser for at angive kriterier for, hvornår der skulle udarbejdes konsoliderede regnskaber, og hvor enhver definition af koncernen omhyggeligt har været undgået helt frem til fremkomsten af regnskabsdirektivet (2013), der omtales nærmere i afsnit 5.2.2.

Afhandlingen afspejler på dette punkt derfor ikke en opfattelse af, at ”koncernretten” fortrinsvis omhandler selskabs- og markedsretlige aspekter af koncernreguleringen, sådan som dette f.eks. har været institutionaliseret i tysk ret

¹ Bernhard Gomard, *Federalisme i koncernretten – e pluribus unum*, U. 1998B.175.

² Paul Krüger Andersen i *Studier i dansk koncernret*, 1997, side 47.

(deutsches Konzernrecht), og sådan som en række retsvidenskabelige værker har beskrevet det.³

Heri ligger ikke nødvendigvis nogen retsvidenskabelig stillingtagen til, hvorledes ”koncernret” som begreb skal kvalificeres, men alene en konstatering af, at afhandlingens bredere anvendelse af begrebet ”koncernret” skal ses overensstemmelse med afgrænsningen af afhandlingens emne.

2.2 ”Koncernbegreber”

2.2.1 Virksomhedsgruppe eller koncern?

”Concernere” er middelalderlatin for ”blande sammen”. Umiddelbart giver det derfor god mening, når begrebet ”koncern” anvendes i de situationer, hvor virksomheder og/eller selskaber i forretningslivet anses at udgøre en fælles enhed på tværs af grænsen for de enkelte juridiske enheder, sådan som det ikke mindst i dansk sprogbrug er almindeligt både i forretningslivet og i dansk lovgivning.

Imidlertid rejser der sig en række spørgsmål i tilknytning til denne sprogbrug, når enten EU-regulering eller udenlandsk national ret undersøges på andre sprogversioner end dansk.

Det konstateres således, at begrebet ”virksomhedsgruppe” (f.eks. tysk ”Unternehmensgruppe” eller blot ”Gruppe”, engelsk ”group of companies” eller ”corporate group” og fransk ”groupe de sociétés” eller blot ”groupe”) optræder i en række situationer, hvor samme eller tilsvarende regulering anvender begrebet ”koncern” på dansk. I dansk retslitteratur ses kun få eksempler på, at begrebet ”gruppe af selskaber” og/eller ”gruppe af virksomheder” optræder.⁴

Især tyske retsvidenskabsfolk ses at have behandlet spørgsmålet om anvendelsen af begreberne ”virksomhedsgruppe” og ”koncern”. Således ses Herbert Wiedemann i 1988 at have defineret ”Unternehmensgruppe” (virksomhedsgruppe) som følger:⁵

”Zur Terminologie: Der Terminus ”Unternehmensgruppe” wird in modernen deutschen Gesetzen benutzt (vgl. etwa § 10a KWG: Kreditinstitutgruppe). Er ersetzt im Ausland als ”groupe de sociétés” oder ”corporate group” das mit anderem Inhalt besetzte Wort Konzern. Wenn im bundesdeutschen

³ Se f.eks. Paul Krüger Andersen i Studier i dansk koncernret, 1997, side 19, hvor han om terminologien ”dansk koncernret” anfører, at det vil være meningsfyldt at udsondre koncernreglerne som et selvstændigt retsområde inden for dansk selskabsret, og hvor han argumenterer med baggrund i en konstatering af, at koncernretten som teoretisk og praktisk retsdisciplin allerede er etableret i Tyskland. Se også samme sted side 27, hvor fremstillingens formål beskrives som et bidrag til udvikling af dansk koncernret som et nyt retsområde inden for selskabsretten.

⁴ Se f.eks. Gomard i Federalisme i koncernretten – e pluribus unum, U.1998B.175.

⁵ Herbert Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, side 6.

Geschäftsleben von einer Unternehmensgruppe gesprochen wird, so gleichbedeutend mit dem gesetzlichen Begriff der "Verbundenen Unternehmen" im Dritten Buch des Aktiengesetzes. Im Schrifttum anderweit vorgeschlagene Beziehungen vermögen nicht zu überzeugen".

Med baggrund heri må således lægges til grund, at "Unternehmensgruppe" ("virksomhedsgruppe") jf. Wiedemann er et nyere begreb i tysk ret, og at indholdet af begrebet er forskelligt fra den tyske anvendelse af begrebet "Konzern".

Baggrunden for Wiedemanns konstateringer for så vidt angår begrebet "Gruppe" eller "Unternehmensgruppe" ses også at have sammenhæng med de overvejelser, som Forum Europaeum Konzernrecht (se nærmere herom i afsnit 5.3.1.6) har gjort sig i forhold til anvendelsen af begreberne "konzern" henholdsvis "virksomhedsgruppe":

"Ausserhalb Deutschlands ist die Bezeichnung "Konzern" stark besetzt von den Vorstellungen über ein "strenges" deutsches "Konzernrecht" und von den einstigen Vorschlägen der Europäischen Kommission für eine Neunte Richtlinie. Solche Vorstellungen verbinden sich nicht mit der Bezeichnung "group". Insoweit handelt es sich um eine offene und begrifflich gerade nicht festgelegte Umschreibung eines allgemein bekannten Sachverhaltes. Genau aus diesen Gründen hat sich das Forum Europaeum entschlossen, diese auf der ganzen Welt bekannte Bezeichnung für verbundene Unternehmen auch für seine Ausführungen zu verwenden".⁶

Samme position ses indtaget af en række af samtidens øvrige retsvidenskabsfolk, herunder f.eks. Arbeitskreis Corporate Governance im Konzern, som har besluttet sig for nu i forbindelse med gruppens arbejde at anvende begrebet "Gruppenrecht", når der er tale om initiativer, som vedrører EU-retlige koncernspørgsmål.

Betegnelsen "konzern" ses således fortrinsvis anvendt i Tyskland, Holland, Østrig, og Schweiz, en række østeuropæiske lande, der har vedtaget væsentlige dele af koncernselskabsretlig lovgivning efter tysk inspiration – og altså Danmark (og andre nordiske lande), medens en række lande med latinsksproglig baggrund samt Storbritannien anvender forskellige varianter af begreberne "group", "groupe", "gruppo". I USA ses ofte begreberne "affiliated group" eller "affiliated corporations" brugt.⁷

Det ovenfor beskrevne antages at gælde uanset retsområde og altså ikke kun i selskabsretlig sammenhæng.

⁶ Konzernrecht für Europa af Forum Europaeum Konzernrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 27. Jahrgang, 1998, side 691 ff.

⁷ I Comparative Company Law, 2011, side 682, anvender Andres Cahn og David C. Donald det selskabsretlige udtryk "concern" – men netop til at omtale tysk koncernret.

F.eks. var der i koncernregnskabsdirektivet ikke nogen definition af virksomhedsgruppen eller koncernen. Der var i stedet kriterier for, hvornår konsoliderede regnskaber skulle udarbejdes (se nærmere herom i afsnit 5.2.1).

Ved implementeringen af koncernregnskabsdirektivet blev i tysk ret med HGB § 290 foreskrevet, at der skulle udarbejdes "Konzernabschluss", og den regnskabsretlige koncern blev således kvalificeret som et koncernforhold.

I britisk ret medførte implementeringen af koncernregnskabsdirektivet, at der i Companies Act, part 15, chapter 4, section 399, blev krav om "group accounts", medens den danske årsregnskabsregulering i et bilag til ÅRL definerer "koncern" og i øvrigt bruger terminologien koncerner og koncernregnskaber.

Med vedtagelsen af regnskabsdirektivet (2013) blev der i artikel 2 indført en definition af koncernen/virksomhedsgruppen (omend betegnelsen alligevel ikke ses indsat i den reelt afgørende artikel 22, som nu afgrænser kriterierne for, hvornår der skal udarbejdes konsoliderede regnskaber).⁸

I den tysk-sprogede direktivtekst omhandlede definitionen "Gruppe", i den engelsksprogede version ligeledes "group" – men i den dansk-sprogede version "koncern".

I den internationale regnskabsstandard EU IFRS 10 defineres i den tysksprogede version "Konzern", den engelsksprogede version "group" og i den dansksprogede version "koncern".

Som et kuriosum kan nævnes, at EU-retten allerede i 1993 i forordning 696/93 om de statiske enheder til observation og analyse af det produktive system i Det Europæiske Fællesskab, som fortsat er gældende, definerede "gruppen af foretagender" – og netop ikke koncernen som følger (i parentes er indføjet udvalgte tyske og engelske betegnelser):

"C. Gruppen af foretagender (TY: Unternehmensgruppe, ENG: Enterprise Group)

Gruppen af foretagender består af foretagender, som er juridisk-finansielt sammenknyttet. Gruppen af foretagender kan omfatte flere beslutningscentre (TY: Entscheidungszentren, ENG: decision-making centre) inden for den politik, der føres vedrørende produktion, afsætning, fortjeneste mv. Den kan centralisere visse aspekter af den finansielle forvaltning og de skattemæssige dispositioner.

⁸ Se nærmere herom i Gitte Søgaard, Introduction of a Group Definition in the New Accounting Directive: The Impact on Future Accounting Regulation, European Company Law 11, No. 5 (2014), side 232-236).

Den danner en økonomisk helhed (TY: wirtschaftliche Einheit, ENG: economic entity), som kan træffe afgørelser især vedrørende de enheder, som indgår i gruppen.”

Forordningen har i punkterne 4 og 5 i forklarende bemærkninger til ovennævnte definition følgende beskrivelse af ”gruppen af foretagender”:

”Gruppen af foretagender (TY: Die Unternehmensgruppe, ENG: enterprise group) er en helhed af foretagender (TY: Unternehmenszusammenschluss, ENG: set of enterprises), som kontrolleres (TY: unter der Kontrolle, ENG: controlled by) af hovedforetagendet (TY: Gruppenoberhaupt, ENG: group head). Hovedforetagendet er den retlige moderenhed (TY: juristische Muttereinheit, ENG: parent legal unit), som ikke kontrolleres (direkte eller indirekte) af nogen anden retlig enhed. Ethvert datterselskab (TY: Tochterunternehmen, ENG: subsidiary enterprise) betragtes som datterselskab af moderforetagendet.

Grupper af foretagender består ofte af enheder, som er knyttet sammen på forskellig måde: ejerskab, kontrol (TY: Kontrolle, ENG: controlling interest), forvaltning (TY: Verwaltung, ENG: management).”.

Det konstateres således overordnet, at anvendelsen af begrebet ”koncern” i væsentligt omfang ses begrænset til de situationer og lande, hvor en kodificeret selskabsretlig koncernret ses at foreligge, og hvorefter der skal ”mere til” end den relation – den økonomiske enhed efter tysk forbillede - som opstår ved eksistensen af kontrol i relationen mellem to eller flere virksomheder.

På baggrund heraf skal det ses, at britisk ret ikke indeholder noget ”concern”-begreb (om end begrebet eksisterer – men med et andet indhold), idet britisk ret ikke i væsentligt omfang indeholder kodificerede selskabsretlige koncernregler, men alene forholder sig til ”group of companies” i regnskabs- og anden lovgivning.

Tilsvarende gør sig fortsat gældende for flertallet af europæiske lande, og ikke mindst på denne baggrund er det bemærkelsesværdigt, at dansk (og nordisk) lovgivning i så vid udstrækning gør brug af begrebet ”koncern”.

For så vidt angår begrebet ”virksomhedsgruppe” synes begrebsanvendelsen traditionelt at have været mere flydende; på den ene side ses den opfattelse, at der er tale om en ”virksomhedsgruppe”, når der eksisterer en kontrolrelation mellem en koncernmoder og én eller flere koncerndøtre; på den anden side ses også fra tid til anden opfattelsen, at også relationer med fælles ledelse kan kvalificeres som ”virksomhedsgruppe”; endelig ses også efter tysk opfattelse andre former for ”verbundene Unternehmen” end koncernen jf. AktG §§ 15, 16 (in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen), 17 (Abhängige und herrschende Unternehmen) og 19 (wechselseitig beteiligte Unternehmen) at udgøre ”Unternehmensgruppen”.

I de seneste årtier synes imidlertid inden for Europa at være opstået en fælles forståelse af ”virksomhedsgruppen” baseret på de kriterier, som i koncernregnskabsdirektivet blev opstillet for, hvornår koncernregnskab skal udarbejdes – og dermed nærmer forståelsen af ”virksomhedsgruppe”-begrebet sig den forståelse, som er udbredt ved begrebet ”den økonomiske enhed”.

Uanset ovenstående betragtninger anvendes i nærværende afhandling ”koncernbegrebet”, sådan som dette sædvanligvis anvendes i dansk ret. I konsekvens heraf behandles der i en række sammenhænge ”koncernbegreber”, hvor der jf. ovenstående reelt set ikke ville være tale om ”koncerner”, men snarere om ”virksomhedsgrupper”.

2.3 Koncernbegreber som Zweckbegriffe (formålsbestemte legaldefinitioner)

Koncernbegreber ses i retslitteraturen ofte beskrevet som ”Zweckbegriffe”⁹ – eller i dansk ret, som ”formålsbestemte legaldefinitioner”.

Som ordet angiver, er der tale om et begreb fra tysk retsvidenskab, og begrebsanvendelsen kædes ofte sammen med Niklas Luhmanns værk ”Zweckbegriff und Systemrationalität” fra 1973. Dog ses begrebet ”Konzern” kvalificeret som ”Zweckbegriff” væsentligt længere tilbage.¹⁰ I dansk retsvidenskabelig sammenhæng er ”formålsbestemte legaldefinitioner” som lovgivningsmæssigt fænomen beskrevet hos blandt andet Krüger Andersen.¹¹

Det karakteristiske for ”Zweckbegriffe” er særligt, at de udfylder en lovgivningsteknisk funktion i forhold til at fastlægge (afgrænse) forhold, der medfører, at andre materielle bestemmelser i det pågældende regelsæt skal finde anvendelse, og således at der knyttes retlige følger til forekomsten af de pågældende forhold.

⁹ Se f.eks. Würdinger, Aktien- og Konzernrecht, 1966, side 267.

¹⁰ Se f.eks. side 97 i Anleitung zur Waldwerthberechnung, 1866, der er gengivet i Handkommentar der Reichssteuergesetze: Band II Das Körperschaftssteuergesetz vom 16. Oktober 1934: ”...denn der Begriff des Konzerns ist – ebenso wie der Begriff des Gesamtunternehmens – ein Zweckbegriff”.

¹¹ Krüger Andersen, Studier i dansk koncernret, 1997, side 113, og mere indgående side 330 ff.

Retlige koncernbegreber siger derfor ikke noget om, hvad en koncern er, herunder hvad henholdsvis en regnskabsretlig, selskabsretlig, insolvensretlig, arbejdsretlig, konkurrenceretlig mv. koncern er.¹²

Det er som allerede anført en grundlæggende præmis for koncernretten, at den ikke beror – og qua sin natur ikke kan bero – på én koordineret og samlet regulering af koncernforholdet.¹³

Dette er en naturlig konsekvens af, at koncernrelationens opståen eller ophør udløser eller potentielt kan udløse forskelligartede retlige følger inden for et bredt spektrum af retlige områder, såsom regnskabsretten, selskabsretten, skatteretten, konkurrenceretten, arbejdsretten mv.

Koncernretten kommer dermed i de fleste landes retlige regulering til at fremstå fragmenteret og som et ”add-on” til anden retlig regulering.

En yderligere konsekvens heraf er det, at hvert retsområde, hvor koncerndannelse har betydning for de materielle regler, udvikler hvert sit - og for flere retsområders vedkommende flere - koncernbegreber i form af ”Zweckbegriffe”.¹⁴

Koncernbegrebet som ”Zweckbegriff” har således ikke som formål at afgøre, hvad koncernen ”er” i en given retlig henseende, men alene at angive anvendelsesområdet for en given regulerings koncernregler.

Når der i retsvidenskaben derfor tales om den selskabsretlige, den regnskabsretlige, den konkurrenceretlige koncern mv., er dette derfor snarere udtryk for, hvornår selskabsretlige, regnskabsretlige, konkurrenceretlige retsfølger indtræder, end et udtryk for, at der henvises til en egentlig særlig selskabsretlig, regnskabsretlig, skatteretlig mv. koncern i bredere og mere almen forstand. ”Les groupes, c’est une création de la doctrine et de la jurisprudence.”¹⁵

Denne sprogbrug er imidlertid bredt indarbejdet og ses – uanset den manglende præcision – også anvendt i nærværende afhandling.

¹² I Accounting Theory and Practice, 8. udgave, 2011, Michel Glautier m.fl., anføres på side 650 om virksomhedsgruppen: ”In law, a group of companies is not recognized as a legal entity. It is an accounting fiction resulting from the need to give shareholders and investors a view of the group performance as a whole by unifying (consolidating) the year-end financial statement of its separate member companies”.

¹³ Se f.eks. Krüger Andersen side 330 ff i Studier i dansk koncernret, 1997.

¹⁴ Se f.eks. klassificering i NOU 1996:6, side 86: ”...Lovgivningen har ingen enhetlig konserndefinisjon. Dette har sammenheng med, at konsernbegrepet må utformes utfra de hensyn som skal ivaretas ved de ulike regelverkene, hvor begrepet brukes. Dette tilsier, at f.eks. konsernbegrepet i skattemessig sammenheng kan få et annet innhold enn i arbeidsretlig, regnskabsretlig eller selskabsretlig sammenheng....”.

¹⁵ Unavgiven belgisk deltager i 8th ECFR Symposium 2013 i Milano.

2.4 Vertikale og horisontale koncerner

Sondringen mellem den vertikale og den horisontale koncern beror væsentligst på det forhold, at der for den vertikale koncerns vedkommende antages at skulle eksistere en koncernmoder, der tilsammen med én eller flere koncerndøtre udgør koncernen.

Vertikale koncerner benævnes derfor i dansk ret også som ”moder-/datterkoncerner” eller ”lodrette koncerner” (i tysk litteratur bruges terminologien ”Unterordnungskonzern” og i angelsaksisk sprogbrug anvendes hyppigst ”the parent company concept”).

Det afgørende element i forhold til, om en virksomhed eller et selskab kan betegnes som koncernmoder, beror på eksistensen af ”kontrol” eller ”bestemmende indflydelse” hos koncernmoderen i forhold til koncerndatter/-døtre.

En betydelig del af denne afhandling beskæftiger sig i de efterfølgende afsnit med forståelsen af netop ”kontrol” og ”bestemmende indflydelse”.

Horisontale koncerner ses ofte defineret under inddragelse af negativ afgrænsning i forhold til netop den vertikale koncern og i forhold til sidstnævntes over-/underordningsforhold.¹⁶

I den horisontale koncern findes netop ikke et sådant, og koncernindikatorer relaterer sig i stedet til eksistensen af fælles ledelse (eller et væsentligt overlap på ledelsesmæssige positioner).

I især regnskabsmæssig sammenhæng ses for så vidt angår de horisontale koncerner en skelnen mellem ”ægte” og ”uægte” horisontale koncerner.

I forhold til den ”ægte” horisontale koncern er der tale om en aftalebaseret underlæggelse af en fælles ledelse, medens der i forhold til den ”uægte” horisontale koncern er tale om en i princippet vertikal koncern, men hvor ”koncernmoderen” ikke er forpligtet til at aflægge koncernregnskab, f.eks. fordi der er tale om en enkeltmandsvirksomhed, en ikke-erhvervsdrivende organisation eller en privatperson.

¹⁶ Et nyere eksempel herpå er regnskabsdirektiv (2013), der i artikel 22, nr. 7, indeholder muligheden for i national lovgivning at implementere krav om konsoliderede regnskaber i situationer, hvor en virksomhed og én eller flere virksomheder, ”...hvortil der ikke består den i stk. 1 eller 2 nævnte forbindelse (kontrol, red.)”, men hvor der består fælles ledelse med baggrund i aftale eller vedtægt, eller hvor der alternativt er tale om sammenfald for flertallets vedkommende af personer i administration, ledelse eller tilsyn.

Horizontale koncerner benævnes i dansk sammenhæng også ofte som ”vandrette koncerner” eller ”sideordnede koncerner”, i tysk sammenhæng som ”Gleichordnungskonzernen” og i angelsaksisk terminologi som ”economic entity groups”.

2.5 Økonomiske og juridiske koncernbegreber

”The law takes as its starting point the concept of the company as a separate legal entity, a doctrine briefly called the entity doctrine, but makes concessions to reality by admitting a long (and growing) list of exceptions in which the corporate veil is ”pierced” or ”lifted”. The economist rejects the legal approach as dealing merely with matters of form. In his view the essential point is that the various companies combined in a group act in the market place as one economic unit.”¹⁷

Med dette citat af Schmitthof og Wooldridge illustreres de to yderpunkter, der i europæisk koncernret har præget og fortsat præger forståelsen af koncernrettens forskellige legale formålsdefinitioner (”Zweckbegriffe”): juristens fastholdelse af den almindelige selskabsretlige enhed og med koncernretten som et ad hoc appendiks til anden regulering på den ene side og økonomens fokusering på den virksomhed, der af en dominerende enhed og uden hensyntagen til formelle juridiske afgrænsninger drives på tværs af flere virksomheder på den anden side.

Til disse to grundlæggende helt forskellige anskuelser af koncernen knytter sig en række karakteristika, som vil blive analyseret i dette indledende afsnit.

Men den indholdsmæssige forståelse af de begreber, der knytter sig til disse to anskuelser, har ændret sig over tid; dels ses det inden for dansk og anden national ret, hvor f.eks. begreber som ”bestemmende indflydelse” i dansk ret siden den første koncerndefinition i 1973 har ændret sig undervejs, og dels ses det ikke mindst i form af de brydsomme initiativer i forhold til standardisering og harmonisering, som en stigende globalisering har aktualiseret.

I Kommissionens optik blev forskellene, efter at Kommissionen i øvrigt i de indledende faser i forbindelse med udarbejdelsen af Fællesmarkedets regnskabsdirektiver havde hældet til anvendelse af juridiske koncernbegreber, beskrevet som følger: ”...There are in fact two approaches which differ quite fundamentally. In one Member State, the term ”group undertaking” is given a very wide definition in an obvious attempt to take account of the economic realities behind groups of companies which, while apparently a collection of legally autonomous undertakings, operate in practice as an economic unit. In other Member States, however, the law provides much clearer and more

¹⁷ Clive M. Schmitthoff og Frank Wooldridge i *Groups of Companies*, 1991.

concrete definitions using, for example, criteria such as who holds the majority of the capital or how the majority of the voting rights attaching to the shares issued by a company are distributed..... This being so, a choice has to be made between the different approaches taken by the Member States. The Commission is in favour of a general and wide-rangig definition of groups of companies which attempts to come to grips with the economic realities of the situation".¹⁸

Sidstnævnte, den indholdsmæssige forståelse af begreber, der knytter sig til de to overordnede forskellige anskuelser, er denne afhandlings emne og analyseres i konsekvens heraf i afhandlingens efterfølgende afsnit.

På dette sted skal analyseres den overordnede ramme, som samtidig er indgangen til arbejdet med disse koncernbegreber.

2.6 Angelsaksiske koncernbegreber – ”the Entity Concept”

I angelsaksisk tradition anerkendes koncernenhed ganske enkelt ikke, hverken i selskabsretlig eller regnskabsretlig sammenhæng.

I selskabsretlig sammenhæng anskues og reguleres således koncernspørgsmål (meget forenklet) som spørgsmål om majoritetsbesiddelse; der ses ingen sammenhængende selskabsretlig koncernregulering, men alene spredte bestemmelser (hvis oprindelse i øvrigt ofte beror på implementering af EU-regulering), sådan som det til dels også ses i dansk selskabsret.

En nærliggende overvejelse er i denne sammenhæng herefter spørgsmålet om, hvorledes angelsaksisk koncernregnskabsregulering da kan forklares at have rod langt tilbage i historien, og hvordan IASB-standarderne med udspring heri kan anses at være blandt de mest anerkendte og udbredte i verden?

Heri ses ingen modsætning: i angelsaksisk koncernregnskabsoptik er grundlaget for konsoliderede regnskaber en fiktion til brug for udarbejdelse af konsoliderede regnskaber, som reflekterer den økonomiske substans i en modervirksomheds kontrol over én eller flere dattervirksomheder.

I overensstemmelse hermed defineres i IFRS 10 det konsoliderede regnskab som følger: ”The financial statements of a group in which the assets, liabilities, equity, income, expenses and cash flows of the parent and its subsidiaries are

¹⁸ Proposal for a Seventh Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty concerning Group Accounts, COM (76) 170 final, side 20-21.

represented as (min fremhævelse: ”som var de” – bemærk konjunktivformen) those of a single economic entity”.

Det er således en modervirksomheds samlede ”kontrolsfære” over aktiver på tværs af juridiske enheder i forhold til at påvirke afkastet (”performance”) af en investering, der afspejledes i det konsoliderede regnskab, og som således beskrives i et regnskab, som om der var tale om en fiktiv samlet virksomhed, og en dattervirksomhed betragtes således i denne fiktion som ethvert andet aktiv, som kontrolleres af koncernmoderen, og hvorfra økonomiske fordele kan flyde som følge af denne rådighed og investering.

Af IFRS Framework, hvoraf fremgår blandt andet fælles definitioner for samtlige af organisationens regnskabsstandarder, defineres et aktiv (”asset”) som følger: ”A resource controlled by the entity as a result of past events and from which future economic benefits are expected to flow to the entity”.

Formålet er dermed ikke i den angelsaksiske regnskabstradition at udarbejde et konsolideret regnskab for nogen økonomisk enhed, men i stedet at udarbejde et konsolideret regnskab i situationer, hvor en juridisk selvstændig enhed kontrollerer én eller flere andre juridisk selvstændige enheder, jf. f.eks. IFRS 10.1. (Nærmere herom i afsnit 4.4).

I angelsaksisk koncerntænkning er ”control” omdrejningspunktet, og det har været en rød tråd gennem den angelsaksiske forståelse af kontrolbegrebet, at der såvel skal foreligge et element af magt (styrkemæssig overlegenhed) som et økonomisk incitament for magten (som i US-GAAP i visse sammenhænge giver anledning til anvendelse af betegnelsen ”primary beneficiary” om koncernmoderen).

Magtelementet i det klassiske angelsaksiske koncernbegreb har traditionelt beroet på rettigheder, herunder især majoritet i forhold til stemmerettigheder, og til rettigheder i forhold til at udnævne og afsætte medlemmer af koncerndøtrenes ledelsesorganer. Samlende har der således i særlig grad været tale om formelle forvaltningsbeføjelser udtrykt ved juridiske begreber (”bright-lines”), der fører til organbeholderskelse.¹⁹

I angelsaksisk tradition har med andre ord ”midlet”, forvaltningsmæssige beføjelser, været i fokus i forbindelse med afgrænsningen af virksomhedsgruppen, medens det i f.eks. kontinentaleuropæisk (herunder især tysk) tradition har været ”målet”, den økonomiske enhed, der har afgrænset virksomhedsgruppen, jf. også nærmere nedenfor.²⁰

¹⁹ Se herom Werlauff i Koncernretten 1996, side 17 ff.

²⁰ Se C. Boye Jacobsen i Europæisk koncernret, R&R april 1976, nr. 4, side 142.

Sådan er det fortsat inden for den sporadiske britiske selskabsret, men IASB-regnskabsstandarderne har ved først Update October 2005 og siden med offentliggørelsen af fortolkningsbidraget til IAS 27 (2008) SIC 12 udbredt kontrolbegrebet til heri også at omfatte forskellige former for de facto-kontrol. (Se nærmere herom i afsnit 4.3).

Reguleringsteknisk har der således i udgangspunktet været tale om forholdsvist præcise (ofte benævnt formelle og juridiske) formuleringer ("bright-lines"), herunder matematiske opgørelser af stemmerettigheder eller konstatering af eksistensen af ejeraftaler om f.eks. råden over andre ejeres stemmerettigheder.

Det bemærkes hertil, at IFRS 10-standardens koncernbegreb nu er langt mere "principbaseret" i sin formulering og med henvisninger til "relationens substans", hvilket dog ikke kan siges at indebære et grundlæggende skifte fra "juridisk" koncernbegreb til "økonomisk" koncernbegreb: udgangspunktet er fortsat, at en forudsætning for magt er "rettigheder". (Men nu ikke længere begrænset til en udtømmende liste af rettigheder. Se nærmere herom i afsnit 4.4.7.4).

I tilknytning til tænkningen i rettigheder er det endvidere et kendetegn for angelsaksisk koncerntænkning, at indehavselse – ikke nødvendigvis udøvelsen – af rettigheder er det afgørende kriterium.

Det er især denne matematiske optælling af konstaterbare rettigheder, der begrundet karakteristikkens af en sådan koncerntænkning som "juridisk".

2.7 Det kontinentaleuropæiske (tyske) princip om økonomisk enhed

I starten af 1900-tallet beskrev tyske retsteoretikere "die Einheitstheorie", hvorefter en virksomhedsgruppe i enhver henseende skulle anskues som én enhed. I årene frem til vedtagelsen af AktG 1937 blev "Einheitstheorie" lagt til grund i en enkelt selskabsretlig afgørelse,²¹ men det var inden for skatteretten, at "Einheitstheorie" syntes at være på vej til at manifestere sig tydeligst.

"Die Einheitstheorie" blev imidlertid forkastet som grundlag for AktG 1937 og har siden alene haft betydning i kraft af den prægning af den koncernretlige forståelse, som dermed blev grundlagt.

²¹ RGZ Band 108 (1924), her frit citeret fra Søren Friis Hansen i Europæisk koncernret – bør koncernretten reformeres og kodificeres? 1996, side 78: "...wenn auch die beiden Gewerkschaften äußerlich selbständige Rechtspersönlichkeiten sind, so ist ihr Vermögen doch in Wahrheit Vermögen der Beklagten."

En væsentlig reminiscens af denne prægning består i det forhold, at koncernen ses som ”en økonomisk enhed” og af den selskabsretlige koncern som ”økonomisk enhed + fælles ledelse”. ”Økonomisk enhed” er i klassisk tysk koncernforståelse således ikke en fiktion, men en realitet.

Den økonomiske enhed antager dermed karakter af en *conditio sine qua non* i forhold til fastlæggelsen af den selskabsretlige koncern.

Til illustration heraf gengives herunder den tyske aktieselskabslovs AktG § 18 som følger:

”1. Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen
....

2. Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen”.

I punkt 1 angives koncerndefinitionen for den vertikale selskabsretlige koncern, og i punkt 2 angives koncerndefinitionen for den horisontale selskabsretlige koncern. I begge tilfælde ses ”einheitliche Leitung” – den fælles ledelse - at udgøre en væsentlig kerne i den selskabsretlige koncerndefinition.

Men til grund for den selskabsretlige koncern ligger således foruden ”einheitliche Leitung” også en økonomisk enhed, der afgrænses ved eksistensen af en herskende og én eller flere afhængige virksomheder, og som i tysk selskabsret jf. AktG § 17 per se afføder retsvirkninger for virksomhedsgruppen.

Jf. ovenstående bliver det centrale i formuleringen af koncernafgrænsningen således ”målet” – en økonomisk enhed, og ikke ”midlet” – forvaltningsmæssige beføjelser i form af juridiske regler.

De to afgrænsningsmetoder fører ikke altid til samme afgrænsning af konsolideringskredsen; f.eks. indebærer ejerskab til flertallet af stemmerettigheder ikke nødvendigvis økonomisk integration.

Begreberne ”beherrschender Einfluss” (”bestemmende indflydelse”) og ”Abhängigkeit” (afhængighed) forstås som angivet bedst, når blikket rettes mod tysk selskabsretlig koncernret, og herunder især Aktiengesetz, Erstes Buch, § 17 om ”Abhängige und herrschende Unternehmen”.

Bestemmelsen udgør en del af det særegne tyske selskabsretlige system af ”verbundene Unternehmen”,²² og definerer dels ”abhängige Unternehmen” og ”herrschende Unternehmen”, ligesom bestemmelsens stk. 2 indeholder en formodningsregel, hvorefter tilstedeværelsen af ”Mehrheitsbesitz” medfører den anden virksomheds afhængighed.

Fastlæggelsen af ”Abhängigkeit” og ”beherrschender Einfluss” tager udgangspunkt i en økonomisk substans, og begreberne er dermed i højere grad principbaserede, idet dog den særlige opbygning af ”verbundene Unternehmen”-systemet med dets indbyggede præsumptionselementer skaber indikation for koncern, når også formelle (juridiske) betingelser er opfyldt. Se nærmere herom i afsnit 5.3.1.2.

Som afhandlingens afsnit 5.2.1 påviser, ses i tysk ”Konzernrecht” en væsentlig inspiration til såvel koncernregnskabsdirektivets som regnskabsdirektivets (2013) koncerndefinitioner.

Samme tænkning i forhold til en selskabsretlig koncern som ”økonomisk enhed + einheitliche Leitung” genfindes f.eks. i den hollandske Civil Code²³ som følger:

”A group is an economic unit in which legal persons and commercial partnerships are organizationally interconnected. Group companies are legal persons and commercial partnerships interconnected to each other in one group.”

Hvor ”control” således er nøglebegrebet i angelsaksisk koncernforståelse, er ”beherrschender Einfluss” og ”Abhängigkeit” det i væsentlige dele af den kontinentale (især tyske) koncernforståelse, herunder også – i hvert fald i semantisk henseende – i den danske, hvilket kan synes som et paradoks, når henses til dansk rets tilvalg af den angelsaksisk inspirerede IAS 27 (2008)-standard i forbindelse med 2009-reformernes koncernbegreber i ÅRL og SL.

I regnskabsmæssig henseende udgør det konsoliderede regnskab dermed et regnskab for en økonomisk enhed, som er en realitet, og som består, uanset om der kan opregnes et tilstrækkeligt antal rettigheder (f.eks. stemmerettigheder eller aftalebaserede rettigheder) – afgørende er identifikationen af en bestemmende modervirksomhed (på tysk tales der om således om ”Beherrschung”, og på engelsk om ”dominant parent”), idet ”bestemmende indflydelse” her fokuserer på den økonomiske substans snarere end på juridiske rettigheder, om end der anerkendes et væsentligt sammenfald af de situationer, hvorefter der efter de to tilgange skal udarbejdes konsoliderede regnskaber.

²² Se nærmere herom i afsnit 5.3.1.2.

²³ Dutch Civil Code, book 2, art. 2: 24b.

Fokusering på den økonomiske enhed på baggrund af ”beherrschender Einfluss” og ”Abhängigkeit” indebærer langt mindre præcist formulerede bestemmelser, idet ”beherrschender Einfluss” – foruden de umiddelbart konstaterbare forhold omkring konkrete rettigheder – også omfatter situationer, hvor ikke målbare de facto-indflydelse foreligger, hvilket også blandt andet også i den tidligere EU-regulering af koncernforhold har været fremhævet som en ulempe i sammenligning med de angelsaksisk inspirerede regler. (Se nærmere herom i afsnit 5.2.1).

Efter kontinentaleuropæisk opfattelse har ”beherrschender Einfluss” imidlertid ført til en mere korrekt og realistisk tilgang til koncernforståelsen ikke blot, når det handler om konsoliderede regnskaber, men også i selskabsretlig henseende, og såvel i EU-retlig sammenhæng som i forbindelse med IASB-standarderne (men f.eks. ikke i forbindelse med den amerikanske FASB-organisations US-GAAP-standarder) har en sådan økonomisk tænkning som grundlag for koncernbegreber over årene vundet terræn, sådan som det påvises i afhandlingens efterfølgende afsnit.

I afhandlingens efterfølgende analyser af regnskabsretlige og selskabsretlige koncernbegreber indgår koncernbegreber, som har klare udgangspunkter i én af de ovenfor introducerede koncerntænkninger, men afhandlingens analyser af internationale koncernbegreber (fortrinsvis EU-retten og IASB-standarderne) påviser også, hvorledes elementer fra begge koncerntænkninger ses sammenvævet i ét og samme koncernbegreb, når der har skullet skabes konsensus om fælles koncernbegreber, ligesom afhandlingen i øvrigt indeholder eksempler på, at vedtagelse af fælles koncernbegreber har været hindret af netop fast forankrede koncerntænkninger hos de parter, som har skullet opnå enighed herom.

Det er sådanne forskelle, der blandt andet afspejledes i de betydelige uoverensstemmelser i forbindelse med vedtagelsen af koncernregnskabsdirektivet og reelt oprindeligt forhindrede en definition af koncernen/gruppen heri, og som fortsat synes at blokere for en egentlig EU-selskabsretlig regulering af koncernforhold (se nærmere herom i afsnit 5.2.1).

Forskellene ses også afspejlet i udviklingen af de af IASB udviklede koncernrelaterede standarder, der i deres oprindelse var angelsaksiske, men som qua en målsætning om være globalt anvendelige gradvist har udviklet også elementer fra den klassiske lære om økonomiske koncernbegreber, jf. senere herom.

Overordnet set har der almindeligvis, og som afhandlingen påviser, været tale om komplicerede og til tider stormfulde møder mellem de to koncernanskuelser, når disse i internationale sammenhænge har skullet forenes i fælles regulering og regler.

I en række landes koncernregulering, herunder den danske, ses elementer fra begge koncernbetragtninger – ja selv inden for samme retsområde ses med 2009-

reformerne af de selskabsretlige henholdsvis regnskabsretlige koncerndefinitioner reelt elementer fra begge klassiske koncerntænkninger, hvilket naturligvis giver anledning til nøjere at analysere, hvilket indhold de danske koncernbegreber reelt kan antages at have: er koncernbegreberne i ÅRL og SL reelt så konforme med IAS 27 (2008)-standarden, som det i henhold til forarbejderne har været formålet? – hvordan er sammenhængen i givet fald til dansk retspraksis og hidtidig opfattelse af koncernen? – eller gælder det som i så mange andre forhold, at ”djævlens ligger i detaljen”, og at de nævnte danske koncernbegreber på eet eller flere punkter og ved et nærmere eftersyn har et andet indhold, end hvad ville være i overensstemmelse med en streng fortolkning af IAS 27 (2008)-standarden, jf. hvad netop er nævnt om forarbejderne?

Og hermed placerer denne begrebsmæssige fastlæggelse af de klassiske koncernforståelser i forhold til økonomiske henholdsvis juridiske koncernbegreber sig helt centralt i tilknytning til det formål, som i afsnit 1.1 blev beskrevet for denne afhandling: at analysere indholdet af danske koncernbegreber efter 2009-reformerne.

KAPITEL 3. KONCERNBEGREBERS RAISON D'ÊTRE

Koncernbegreber er formålsbestemte legaldefinitioner – ”Zweckbegriffe”. Som sådanne udgør de en central del af de respektive retsområders regulering af koncernretlige problemstillinger.

Men også i forhold til sådanne Zweckbegriffe udgør formålet med det pågældende retsområdes koncernregulering en væsentlig kilde til forståelsen af begreberne.

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø argumenterer således for, at formålsfortolkning spiller en stor og stigende rolle i dansk lovgivning og dette ikke mindst i lyset af EU-rettens høje vægtning af objektiv formålsfortolkning.¹

I dette afsnit analyseres formålsaspektet i regnskabsrettens og selskabsrettens koncernbegreber ud fra den logik, at formålsbestemte legaldefinitioners formål isoleret set nok er at afgrænse et område, hvor et sæt andre regler skal gælde, men at de pågældende Zweckbegriffe tillige udgør netop en integreret del af et regelsæt og derfor også er betingede af de samme overordnede formål, som gælder for det pågældende retsområdes koncernregulering.

Emnet behandles ud fra en synsvinkel om, at ikke formålet med hele den pågældende ”koncernret”, jf. afsnit 1.1.3, analyseres, men at fokus selektivt er på de aspekter heraf, som særligt kan antages at have betydning for det pågældende retsområdes koncernbegreb(er).

3.1 Er koncernbegrebers raison d’être den samme for regnskabsretten som for selskabsretten?

En traditionel opfattelse af regnskabsretten, herunder koncernregnskabsretten, som tæt forbundet med selskabsretten er langt fra forbeholdt dansk ret, og det er ingenlunde særegent for Danmark, at den første lovregulering af forpligtelsen til aflæggelse af koncernregnskab optræder i selskabslovgivningen.²

¹ Ruth Nielsen og Christina Tvarnø i Retskilder & Retsteorier, 3. reviderede udgave, 2011, sde 50. Se også om fortolkning i national ret og EU-ret i Lone L. Hansen og Erik Werlauff, Den juridiske metode – en introduktion, 2013, side 127 ff., hvor ligheder og forskelle i fortolkningen af national ret og EU-ret behandles.

² Se nærmere herom i afsnit 6.2.1

Det følger heraf, at de første koncerndefinitioner til brug for koncernregnskabsaflæggelse i en række landes nationale lovgivning er blevet den koncerndefinition, der samtidig har været bestemmende for afgrænsningen af koncerner også i forhold til mere traditionelt selskabsretlige sammenhænge uanset disse lovmæssige reguleringers forskellige formål.

Om end der over tid har været forskelle i de danske koncernregnskabsretlige henholdsvis selskabsretlige koncernbegreber, svinger pendulet i dansk sammenhæng i årene efter årtusindskiftet umiskendeligt igen i retning af lovgivers bestræbelser på at skabe en betydelig ensartethed i begrebernes udformning og indholdsmæssige forståelse.

Det nære slægtskab mellem de selskabsretlige og de regnskabsretlige koncernregler blev således markant i forbindelse med udformningen af den seneste selskabsretlige lovgivning, SL af 2009, hvor det såvel i forarbejderne³ som under Folketingets behandling af de to lovforslag L 170 og L 171 klart fremgår, at der fra lovgivers side er en målsætning om ensartethed i og koordinering⁴ af henholdsvis den selskabsretlige og den regnskabsretlige koncerndefinition – vel at mærke nu med det udgangspunkt, at den selskabsretlige koncerndefinition i størst muligt omfang skal tilnærme sig det/de regnskabsretlige koncernbegreber og herunder med specifik reference til den daværende internationale regnskabsstandard IAS 27 med tilhørende IASB fortolkningsbidrag SIC 12. (Se nærmere herom i afsnit 4.3).

Det ultimative skridt, nemlig det i SL 2009 helt at udelade en selskabsretlig koncerndefinition, og i stedet at ”nøjes med” en henvisning til regnskabslovgivningens koncerndefinition,⁵ indgik i overvejelserne hos udvalget bag bet. 1498/2008.⁶

At der fra udvalgets side fremdeles alligevel blev anbefalet en fortsat eksistens af en koncerndefinition i dansk selskabslovgivning, kan tilskrives det forhold, at der i selskabsretten indeholdes strafbelagte bestemmelser, hvorfor en koncerndefinition sås som forudsat.

En tilsvarende bestræbelse på at lade regnskabsretlige koncerndefinitioner blive bestemmende for også selskabsretlige koncerndefinitioner ses ikke i EU-retlig sammenhæng (se nærmere afsnit 5.2.1 og ejheller i en række øvrige europæiske landes nationale regulering (se nærmere kapitel 5)).

³ Således bet. 1498, november 2008, Modernisering af selskabsretten, side 574 ff og 747 ff.

⁴ Således bet. 1498, november 2008, Modernisering af selskabsretten side 575 og selskabs- hhv. regnskabslovenes koncernbegreber: ”Traditionelt har der altid været en koordinering af bestemmelserne i lovene dog således”

⁵ der vel at mærke er placeret i bilag 1 b til ÅRL.

⁶ Således bet. 1498/2008, Modernisering af selskabsretten, side 579.

Det Økonomiske og Sociale Udvalg tog i høringsfasen i forbindelse med forslaget til 7. selskabsdirektiv 83/349/EØF (koncernregnskabsdirektivet) forbehold for sin indstilling til koncerndefinitionsspørgsmålet i forventning om, at et fælles selskabsretligt koncernbegreb måtte blive vedtaget⁷, hvilket imidlertid indtil nu har ladet vente på sig (se nærmere herom afsnit 5.3.1). Se også herom Hermann Niessen.⁸

I tillæg til den ovenfor beskrevne historisk betingede baggrund for slægtskabet mellem koncernregnskabsretten og selskabsretten kan nævnes det faktum, at koncernregnskabsretten ikke per se etablerer nye rettigheder eller pligter, men i stedet kan betragtes som en ”støttefunktion”⁹ til den selskabsretlige regulering, idet koncernregnskabsrettens raison d’être historisk set i høj grad har beroet på den transparens, som ikke mindst i den selskabsretlige regulering spiller så central en rolle i sammenhæng med ønsket om at begrænse koncerndannelsens potentiale i forhold misbrug og omgåelse, jf. senere herom.

Er det med baggrund i ovenstående (i princippet alt for) overordnede betragtninger¹⁰ da overhovedet berettiget at betragte regnskabsretten og selskabsretten, herunder koncernregnskabsretten og koncernselskabsretten, som to selvstændige juridiske områder?

Retlige refleksioner vedrørende dette spørgsmål optager ikke stor plads i dansk retslitteratur¹¹ og vil ejheller være genstand for en yderligere analyse i denne afhandling, hvor tilgangen til problemstillingen indskrænker sig til en konstatering af, at der inden for EU såvel ved direktiver som ved forordninger er etableret regnskabsret, herunder koncernregnskabsret, med virkning for Danmark, medens dette (i hvert fald indtil nu) ikke er tilfældet for selskabsretlige koncernforhold, når bortses fra enkelte afgrænsede bestemmelser.

⁷ EFT C 75/6

⁸ International Consolidated Statements, 1993, side 7: ”The most fascinating topic of the Seventh Directive, and also the most controversial, is certainly the definition of a group. Surprisingly, this term is not even used in the Directive. Instead you will find a cumbersome definition of the phenomenon. The only explanation for this complicated wording was the concern of some member states that use of the term ”group” could be constructed as a precedent for the Community’s harmonization of substantive group law. However that may be, the First Chapter of the Seventh Directive gives the definition of a group in the accounting meaning of the term”.

⁹ Se hertil også Moonitz i The Entity Theory of Consolidated Statements, 1944, side 13: ”Though a revision in the prevailing law of intercorporate relationships may be desirable, consolidated statements must still be treated as auxiliary, not primary”.

¹⁰ En mere detaljeret gennemgang af det historiske grundlag for de enkelte retskilder vil fremgå af afhandlingens efterfølgende afsnit.

¹¹ Kim Østergaard argumenterer i ”Regnskabsstatutet i EU”, RR 2006.08.0024, dels for, at regnskabsretten betragtes som en del af selskabsretten, og dels for at der desuagtet findes et selvstændigt regnskabsstatut.

Med udgangspunkt i det internationale og europæiske perspektiv lægges derfor i denne afhandling til grund, at der i forhold til regnskabsrettens og selskabsrettens koncernbegreber er tale om forskellige *raisons d'être*.

3.2 De konsoliderede regnskabers *raison d'être*

Hver regnskabstradition har gennem tiderne haft sine bevæggrunde for at forlange udarbejdelse af konsoliderede regnskaber og for at afgrænse den regnskabsmæssige koncern – konsolideringskredsen – på en given måde og med sit særkende. Disse bevæggrunde udgør et væsentligt bidrag til den retsdogmatiske analyse af forskellige regnskabsmæssige koncernbegreber.

For de fleste retlige områder er formålet med koncernretlig regulering som udgangspunkt, at koncernretlig regulering skal medføre etablering af nye rettigheder eller pligter for parterne, og at parterne i konsekvens heraf opnår en materielt ny retsstilling. Inden for regnskabsretten medfører udarbejdelsen af koncernregnskaber som allerede nævnt ikke per se, at der opstår en ny retsstilling for parterne (udover naturligvis forpligtelsen til netop at udarbejde koncernregnskab).

Regler, forarbejder, litteratur og praksis tegner overordnet set et noget diffust billede af bevæggrundene for krav om koncernregnskaber.

Allerede i 1977 beskrev R. G. Walker situationen som følger: "It is difficult to avoid the conclusion that professional bodies have been confused about the precise aims of consolidated statements".¹²¹³

Ved nærmere eftersyn kan imidlertid identificeres en række forklarende elementer i forhold hertil, ligesom det lidt pragmatisk kan konstateres, at de økonomiske og andre ressourcer, som må investeres i udarbejdelse af koncernregnskaber, gennem årene har udgjort en væsentlig motivationsfaktor for revisionsbranchen, erhvervsorganisationer, lovgivere og retsvidenskaben til løbende at analysere nyten af og målgruppen for koncernregnskaber.

Særligt én forklarede variabel skiller sig ud, når det handler om at forklare de store forskelle i begrundelserne for at kræve koncernregnskaber: den tidligere beskrevne forskel mellem angelsaksisk regnskabstradition på den ene side og kontinental regnskabstradition på den anden side. Denne forskel forklarer blandt andet det "shareholder"-fokus, som udgør et væsentligt element i angelsaksisk

¹² Consolidated Statements, 1978, side 361.

¹³ Se også R. G. Walkers tidlige analyse af informationsværdien af konsoliderede regnskaber i *An Evaluation of the Information Conveyed by Consolidated Statements*, ABACUS 1976, vol. 12, side 77-115.

koncernregnskabstradition og det ”stakeholder”-fokus, som er udbredt i kontinentaleuropæisk koncernregnskabsret.

Denne faktor kan imidlertid ikke alene forklare forskellene.

I nærværende afhandling fokuseres der især på tre hovedgrupper af begrundelser for krav om koncernregnskaber:

3.2.1 Koncernregnskaber som ”varedeklaration”

Især i angelsaksisk koncernregnskabstradition har der været fokuseret på koncernregnskaber som en foranstaltning, der skulle tilgodese investorinteresser.¹⁴

Udviklingen af nye regnskabsretlige koncernregler var således i høj grad motiveret af en række spektakulære erhvervsskandaler i USA og Storbritannien i 1920-erne og 1930-erne, der udstillede lovgivernes angivelige laissez faire indstilling over for selskabers udnyttelse af den åbenbart utilstrækkelige koncernregnskabsretlige regulering.

I denne sammenhæng fremhæves ofte den såkaldte Royal Mail Case (også benævnt *R v Kysant & Otrs*) som illustrativ.

Sagen udstillede smerteligt nogle af de mangler, som individuelle koncernmoderregnskaber og individuelle regnskaber i øvrigt har, når det gælder en investors behov for regnskabsmæssige oplysninger, der omhandler hele koncernen:

Royal Mail Steam Packet Company Ltd. ansøgte i 1929 den britiske regering om en garantistillelse for lån i forbindelse med opbygningen af selskabets skibsflåde efter Første Verdenskrig. En uafhængig revisorundersøgelse blev på den britiske regerings foranledning iværksat af selskabets forhold. Undersøgelsen afdækkede, hvorledes selskabet i regnskaberne havde opført store overskud og

¹⁴ Se kritisk i forhold hertil John Flower i *European Financial Reporting – Adapting to a Changing World*, 2005, side 239 ff. ”...On this question, the Europeans seem to have reached a pragmatic compromise that, for the larger multinational enterprises, the consolidated accounts should adopt the British objective and the individual accounts the Continental objective. However, in the author’s opinion, the compromise is unsatisfactory and will not last, because the needs of all the stakeholders for information about the enterprise are not met either by the consolidated accounts or by the individual accounts. The consolidated accounts are deficient because they are designed to meet the needs of only one social group – the shareholders; the individual accounts are inadequate because they do not present the picture of the group as a whole. The author rejects the IASB’s argument that the needs of all social groups are met by providing the information that meets the needs of shareholders..... In Britain the shareholder is king. This is even clearer in the USA.... For the author, this approach is wrong. The shareholders are just one of the many social groups that contribute to the enterprise’s prosperity and in turn depend on it for their well-being. They are not even the most important group....”.

på grundlag heraf havde udbetalt betydelige udbytter, selvom selskabet i virkeligheden over en årrække havde lidt store tab på driften.

Blandt de foretagne dispositioner var blandt andet opførelsen af tidligere bogførte hensættelser til skatter som indtægt i både koncernmoders og koncerndøtres regnskaber samt opførelse hos koncernmoder af koncerndatterselskabsudbytter som driftsmæssig indkomst.

I koncernmoderens og koncerndøtrenes regnskaber fremstod det derfor, som om der var realiseret betydelige driftsmæssige indtægter, på grundlag af hvilke der blev udbetalt betydelige udbytter fra både koncernmoder og koncerndøtre.

De misvisende regnskaber blev af selskabets direktør, Lord Kyslant, lagt til grund ved udarbejdelsen af et materiale, der skulle ligge til grund for garantistillelsen, og som endte med at føre til domfældelse over og fængsling af ham.

Kees Camfferman skrev i 1998 om sagen:¹⁵ ”The case fell like an atomic bomb and profoundly disturbed both the industrial and the accountancy worlds”.

Royal Mail sagen var ikke enestående for den tid, og i årtierne herefter bredte der sig langt ud over de britiske grænser en erkendelse af nogle af de regnskabsmæssige problemstillinger, som sagerne var udtryk for.

I dansk sammenhæng ses en direkte linje fra sådanne sager til de overvejelser, der med Aktieselskabsloven af 1973 førte til krav om udarbejdelse af koncernregnskaber.¹⁶

”Farligst er måske den mulighed, som foreligger for, at en koncern ved overdragelser fra et selskab til et andet kan skabe interne, fiktive gevinster, som i virkeligheden ikke er indtjent. En almindelig grundsætning er, at en urealiseret fortjeneste ikke bør danne grundlag for udbetaling af udbytte, men denne grundsætning kan gøres illusorisk ved, at et foretagende organiserer sig som en koncern og foretager salg mellem koncernselskaberne indbyrdes”.¹⁷

3.2.2 Koncernregnskabers ”Schutzzweck ”

Udarbejdelsen af koncernregnskaber medfører, at der etableres viden om koncernens økonomiske enhed.

¹⁵ Kees Camfferman, 1998, ”Perceptions of the Royal Mail Case in the Netherlands”, side 4.

¹⁶ Se nærmere herom i afsnit 6.2.1.1.

¹⁷ Bet. nr. 362/1964 om revision af aktieselskabslovgivningen, side 173.

Koncernregnskaber udgør dermed et væsentligt element i forhold til gængse selskabsretlige opfattelser af, at gennemsigtighed har en central rolle at spille i forhold til virksomhedsinteressenternes mulighed for at værne sig mod og i øvrigt agere i forhold til misbrug og omgåelse, som af en koncernmoder måtte blive iværksat til gavn for koncernen som helhed eller for enkelte koncernvirksomheder i øvrigt på bekostning af den koncerndatter, hvor de pågældende har deres særlige interesse knyttet til.

Koncernregnskaber tillægges tillige stor betydning, når det handler om at tilvejebringe et beslutningsgrundlag for den medkontrahent, som i forbindelse med samhandel eller samarbejde med koncernvirksomheder skal kunne vurdere de forretningsmæssige risici, der kan være forbundet hermed.

Værd at notere sig er det imidlertid, at en ikke ubetydelig del af denne viden ret beset ikke er ”ny”, idet et individuelt regnskab uagtet koncerntilhørsforholdet skal udarbejdes af enhver koncernvirksomhed.¹⁸

Den viden, der derfor opstår ved at konsolidere (sammenlægge) tal fra de enkelte virksomheder, ville (forudsat tilgængelighed af de enkelte koncernselskabers regnskaber) kunne etableres ved udøvelse af almindeligt regnearbejde. Meget forenklet kan dette element af koncernregnskabet således ansues som en systematisering og struktureret fremstilling af data, som i forvejen er tilgængelige.¹⁹

Den ”nye” element af viden i koncernregnskabet beror imidlertid på i den regnskabstekniske eliminering af koncerninterne transaktioner, hvorved koncernens økonomi som et hele fremstilles, som var der tale om én enhed. Hvor der består en betydelig samhandel og andre væsentlige økonomiske mellemværender mellem de således koncernforbundne virksomheder, er betydningen heraf selvsagt størst.

3.2.3 Koncernregnskabers nationale offentlige formål

Såvel i det kontinentale Europa og i årene 1917 – 1934 også i USA (men aldrig i Storbritannien) har konsoliderede regnskaber udfyldt en vigtig rolle i forhold til opgørelse af koncernskatteretlige forpligtelser.²⁰

Men også i andre sammenhænge har koncernregnskaber især i civil law-lande været udgangspunkt for specifik offentligretlig og anden regulering f.eks. i forbindelse med nationale regler om især kapitalbevarelse, udlodning af udbytte og udlodning

¹⁸ Især for modervirksomheders vedkommende synes udviklingen at gå i retning af, at modervirksomhedens årsregnskab påkalder sig stadig mindre interesse. Således anvender New York Stock Exchange og andre udenlandske børser nu alene koncernregnskabet.

¹⁹ Se nærmere herom Peder Fredslund Møller i Introduktion til koncernregnskaber, 12. reviderede udgave, side 29.

²⁰ Se nærmere herom Christopher Nobes, Group Accounting in the United Kingdom, International Group Accounting 1993, side 229 ff.

under forskellige former i øvrigt.²¹ I denne sammenhæng skal ses den væsentlige betydning, som forsigtighedsprincippet efter tysk forbillede har haft for koncernregnskabsreguleringen i ikke mindst den oprindelige skikkelse.

3.2.4 Særligt om EU-rettens begrundelser for koncernregnskaber

EU-rettens begrundelser for krav om koncernregnskaber har varieret over tid.

I begrundelserne for regnskabsdirektiverne synes således hensynet til traditionelle beskyttelseshensyn "Schutzzwecke" og EU-politiske formål at have vejet tungest, medens den tidligere beskrevne beslutning om for de børsnoterede koncerners vedkommende at lægge IASB-standarden til grund snarere afspejler de investororienterede hensyn, som i afhandlingens senere afsnit behandles blandt andet i forbindelse med Daimler Benz-sagen og andre sager.²²

At anskue EU-rettens begrundelse for koncernregnskabsregulering alene ud fra en traditionel "Schutzzweck"-betragtning ville således være alt for snævert og dette uagtet, at der f.eks. i Schwörer-betænkningens analyse af de enkelte direktivbestemmelser i udkastet til koncernregnskabsdirektivet²³ anføres beskyttelsen af aktionærer, arbejdstagere og tredjemands interesser. Samme hensyn beskrives af Kommissionen i afsnittet Explanatory Memorandum²⁴ i forslaget til koncernregnskabsdirektivet.

Når det gælder regnskabsforordningerne er det væsentligt at notere sig, at EU's adoption af IASB-standarden også inkluderer de begrebsrammer, som er udarbejdet af IASB.

I den sammenhæng gengav og kommenterede Kommissionen i forbindelse med 1606/2002-forordningen den opstilling over regnskabsbrugere, som udgør en integreret del af IASB-standarden. I denne sammenhæng oplystes investorer, ansatte, långivere, leverandører og andre kreditorer, kunder, offentlige myndigheder og offentligheden som brugere af regnskaber, herunder koncernregnskaber.

²¹ Se f.eks. Gernon/Meek i *Accounting in an International Perspective*, side 10 ff.

²² John Flower beskrev i 2005 i *European Financial Reporting – Adapting to a Changing World*, side 240 ff, udviklingen som følger: "The last ten years has witnessed a continuous decline in the influence of the Continental approach. The EU's directives were based on the concept of a compromise between the two approaches. They must be judged to have failed, for in 1995 the EU decided to turn to the IASB as the source of the rules for the financial reporting of European multinational enterprises..... It seems that the Continental approach (with its emphasis on information for society as a whole and on the primacy of wider stakeholder interests) has no longer any influence over the financial reporting of larger European enterprises.....".

²³ Europa-Parlamentet, Mødedokumenter 1978-1979, Explanatory Memorandum, dokument nr. 103/78, side 36.

²⁴ Kommissionens Bulletin of the European Communities, supplement 9/76, s. 19.

Dette ændrer imidlertid ikke på det forhold, at IASB-standarderne generelt har et væsentligt element af investororientering indbygget.

Når det gælder EU-rettens særlige politiske tilgang til kravene om koncernregnskabsudarbejdelse fremhæves i litteraturen kun sjældent det forhold, at koncernregnskaber tjener et EU-politisk formål, herunder såvel ønsket om et velfungerende indre marked som et EU-internt konkurrencemæssigt formål.²⁵

Imidlertid opregner forarbejderne til koncernregnskabsdirektivet, og således også den såkaldte Schwörer-betænkning, der er udarbejdet af Europaparlamentets retsudvalg,²⁶ i konklusionen fordelene ved koncernregnskaber som følger: "...På denne måde beskyttes aktionærer, arbejdstagere og tredjemands interesser. Desuden vil selskabernes frie etableringsret blive lettet, og der vil blive skabt gunstige betingelser for et europæisk kapitalmarkeds funktion. Endelig vil de forskellige retlige krav, der er fastsat i de nationale lovgivninger vedrørende regnskabsaflæggelse blive ensrettet for at forhindre, at de kan fordreje konkurrencevilkårene for selskaber inden for Fællesskabet."

I denne sammenhæng bør for fuldstændighedens skyld nævnes, at også national koncernregnskabsretlig regulering historisk set har været under indflydelse af ønsket om opnåelse af givne politiske dagsordener.²⁷

På supranationalt niveau anses koncernregnskaber at være betydningsfulde i forhold til hensynene til etableringsfriheden, muliggørelse af grænseoverskridende virksomhed inden for fællesskabet, forbedring af europæiske kapitalmarkeders funktion, imødegåelse af konkurrenceforvridning som følge af uensartede koncernregnskabskrav og forbedring af muligheder for udvikling af multinationale virksomheder.²⁸

3.2.5 Konsoliderede regnskaber - for hvem?

Som beskrevet ovenfor har lovgivere nationalt og internationalt i årtier anset koncernregnskaber for at udgøre en afgørende faktor i forhold til at afbalancere magtforholdet mellem forskellige interessenter i koncernforhold. Den

²⁵ Se John Flower i European Financial Reporting – Adapting to a Changing World, 2005, side 99, hvor redegøres for EU-hensynet "the level playing field" i konkurrencemæssig henseende under henvisning til blandt Luxembourg, der blandt andet ved et liberalt koncernregnskabsregime kunne tiltrække virksomheder fra andre EU-lande og dermed skaffe sig en konkurrencemæssig fordel.

²⁶ Dokument 103/78.

²⁷ En gennemgang heraf må ligge uden for denne afhandlings rammer, men interessante iagttagelser herom kan gøres i de respektive landeafsnit i Gray m.fl., International Group Accounting – Issues in European Harmonization, 1993.

²⁸ Se hertil Proposal for a Seventh Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty concerning group Accounts, Explanatory Memorandum, COM (76) 170 final, side 9.

bagvedliggende logik synes bevidst eller ubevidst inspireret af Foucaults læresætning om, at viden er magt.²⁹

Hvem anses da som værende adressat for/bruger af denne viden, denne ”modmagt” i skikkelse af koncernregnskaber?^{30 31}

3.2.5.1 *Koncernledelse og revisor*

Som begrundelse for indførelse af koncernbegrebet i den selskabsretlige regulering anførtes i forarbejderne til Aktieselskabsloven 1973 i hovedsagen behovet for udarbejdelse af koncernregnskab og således nærmere:

”Hensigten med at forlange koncernopgørelse er først og fremmest at tvinge selskabets ledelse til at gøre sig foretagendets virkelige økonomiske stilling klar”.^{32 33}

Det bemærkes i denne sammenhæng, at 1964-betænkningen havde foreslået, at koncernregnskabet skulle forelægges generalforsamlingen på samme måde som det ordinære årsregnskab og ligeledes skulle indsendes til selskabsmyndighederne.

I 1969-betænkningen³⁴ fraveges imidlertid dette udgangspunkt angiveligt efter pres fra erhvervslivet og i øvrigt efter svensk forbillede, således at betænkningens forslag herefter var, at koncernopgørelsen alene skulle gøres tilgængelig for foretagendets ledelse og revisor, idet sidstnævnte i øvrigt skulle foretage revision heraf.

Ønsket fra lovgivers side om en sikring af, at foretagendets ledelse og revisor gennem udarbejdelse af koncernregnskab skulle tvinges til at gøre sig selskabets virkelige økonomiske stilling klar, har således solid historisk rod fra den allertidligste danske koncernretlige regulering.

Set i et nutidigt perspektiv, hvor effektive informationssystemer må antages at være til rådighed i enhver koncern af en størrelse, hvor der foreligger pligt til aflæggelse af koncernregnskaber, og hvor tæt løbende økonomisk opfølgning må antages at

²⁹ Michel Foucault, fransk filosof og idehistorier (1926-1984), som anså enhver relation for at være en magtrelation, og som anså magt for at være en neutral evne til at forårsage, påvirke og forandre.

³⁰ Det bemærkes i denne sammenhæng, at kredsen af brugere af koncernregnskaber rækker langt videre end behandlet i denne afhandling, idet der er betydelige erhvervsøkonomiske interesser knyttet til udarbejdelsen og anvendelsen af koncernregnskaber.

³¹ For en generel analyse af regnskabsbrugere kan henvises til John Flower i Global Financial Reporting, 2002, side 68 ff.

³² Bet. 540, 1969, side 55.

³³ Se nærmere herom i afsnit 3.2.2.

³⁴ Bet. nr. 540 om en fællesnordisk aktieselskabslovgivning, 1969, side 132, 2. spalte.

være en væsentlig og naturlig del af ledelsens opgaver, kan en sådan begrundelse vække undren.

Snarere har det vel formodningen for sig, at en koncerns ledelse langt fra får dækket sit informationsbehov alene ved det ”pligtsmæssig” og offentliggjorte koncernregnskab og derfor indsamler, systematiserer og behandler langt flere oplysninger end dem, der kan læses af koncernregnskabet.

Synspunktet er imidlertid ikke særegent dansk. Således er Moonitz allerede i 1944 inde på samme i forhold til ledelsens behov for viden:

”Consolidated statements, then, are primarily of interest to the management and stockholders of a dominant company”.³⁵

3.2.5.2 *Koncernmoderens interesser*

Særligt for koncernmoderens interesser,³⁶ hvad enten disse efter traditionel opfattelse mere snævert defineres som minoritetsejere og kreditorer, eller gruppen efter nyere opfattelse tillige også omfatter medarbejdere, kunder og offentlighed i bredere forstand,³⁷ er relevansen i kraft af de detaljerede koncernregnskabsregler stor.

Som en direkte afspejling heraf ses udviklingen på de internationale fondsbørser, herunder New York Stock Exchange,³⁸ hvor alene koncernregnskaber kræves, medens moderselskabets individuelle regnskab kun sjældnere efterspørges.

En følge heraf er det, at der i de tilfælde, hvor koncernmoderen indgår i en underkoncern, og hvor der i henhold til reglerne i ÅRL og IASB-standarderne gives mulighed for fritagelse for pligten til udarbejdelse af konsoliderede regnskaber på underkoncernniveau, opstår en særlig problemstilling, idet koncernmoderens individuelle regnskab kommer til at stå alene sammen med det den ultimative koncernmoders koncernregnskab.

³⁵ Consolidated Statements, 1944, side 18.

³⁶ Ifølge Peder Fredslund Møller er moderselskabets interesser den primære målgruppe for koncernregnskabet, se nærmere Introduktion til koncernregnskaber, 12. reviderede udgave, side 30.

³⁷ Allerede i forarbejderne til koncernregnskabsreglerne i Aktieselskabsloven 1973 (bet. 362/1964 side 173 ff) havde man øje for de problemstillinger, der følger af, at et moderselskabs interesser i et datterselskab alene i moderselskabets individuelle regnskab bliver en kursbedømmelse af moderselskabets aktier i datterselskabet og ikke nogen egentlig vurdering af værdien af datterselskabets aktiver og passiver, ligesom fokus var rettet mod risikoen for, at koncernforbundne selskaber ved overdragelser inden for koncernen kunne skabe interne, fiktive gevinster, som reelt ikke er indtjent.

³⁸ Årsrapporten – kommentarer til ÅRL, 5. udgave, Henrik Steffensen m.fl., side 830.

I sådanne tilfælde kommer brugerne af koncernmoderens individuelle regnskab til at måtte vurdere koncernens forhold ud fra de oplysninger, som i henhold til ÅRL og IFRS 12 standarden skal opgives i noterne vedrørende koncerndøtrene identitet, egenkapital og resultat, medens de i forbindelse med koncernregnskaber i øvrigt betydelige fordele med baggrund i konsolidering og eliminering fortabes.

I underkoncerner vil værdien af koncernmoderens individuelle regnskab således være størst, hvor der kun i mindre grad er tale om aktiviteter, der er baseret på økonomisk interaktion mellem de underkoncernforbundne virksomheder, og mindst hvor der er en betydelig samhandel mv. mellem de koncernforbundne virksomheder.

For koncernmoderens kreditorer vil gælde det, at de med baggrund i viden fra koncernregnskabet om hele koncernens forhold vil kunne påvirke en koncernmoder til forhandlingsmæssigt også at indtænke ressourcer hos koncerndøtrene.

3.2.5.3 *Koncerndatters/-døtres interesser*

Værdien af koncernregnskabet kan ud fra umiddelbare juridiske betragtninger synes ubetydelig for koncerndatterens interesser: en minoritetsdeltager kan alene udøve sine forvaltningsmæssige beføjelser på generalforsamlinger eller i andre lignende organer, hvor han er i undertal, og for koncerndatterens særkreditorer vil reglerne om særhæftelse føre til, at han i forbindelse med koncerndatterens misligholdelse er henvist til at iværksætte individual- eller universalforfølgelse over for koncerndatteren alene.

Koncernregnskabet er imidlertid grundlaget for den gennemsigtighed, som er forudsætningen for minoritetsdeltagerens eller kreditors mulighed for at konstatere og eventuelt afværge misbrug og omgåelse fra majoritetens side, ligesom alene det præventive aspekt i forbindelse hermed må antages at kunne tillægges en selvstændig værdi.

Også for koncerndatterens kreditorer og medkontrahenter i bred forstand har koncernens samlede økonomiske stilling og kendskabet hertil betydning. I denne sammenhæng må betydningen af f.eks. koncernledelsers muligheder for ved retningslinjer at fastsætte koncerninterne samhandels- og lånevilkår ikke forglemmes, ligesom værdien af koncernforbundne virksomheders

sikkerhedsstillelse over for koncerndøtres kreditorer er en værdifuld informationskilde, som fremgår af koncernregnskabet.³⁹

3.2.5.4 Andre interesser

I forhold til interesser i bredere forstand bør nævnes medarbejdere, hvis interesse i koncernregnskabet er indelysende og ikke mindst under henvisning til de gældende regler for medarbejders rettigheder i forhold til koncernrepræsentation, der i øvrigt ikke vil blive behandlet i nærværende fremstilling.⁴⁰

Ofte nævnes også myndigheder og i bredere forstand offentlighedens interesse i koncernregnskaber. Se hertil også ovenfor.

3.3 De selskabsretlige koncernreglers raison d'être

Som just anført i afsnittet ovenfor om koncernregnskabsrettens raison d'être, er retsvirkningen af etablering eller ophør af regnskabsretlig koncernrelation, at der enten skal udarbejdes eller netop ikke skal udarbejdes koncernregnskaber, ligesom aflæggelsen af koncernregnskaber, som alle regnskaber, har retrospektiv karakter.

Når det handler om concernselskabsretlige spørgsmål, er der derimod tale om, at reglerne i hovedsagen har et ex ante-perspektiv; concernselskabsretlige regler skaber rettigheder og pligter og har overordnet til formål at regulere koncernmæssig adfærd i forhold dels til ejernes forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser og dels i forhold til ledelsesorganernes varetagelse af hvervet som bestyrelses- eller direktionsmedlem - og alt under hensyntagen til, at den lovgivningsmæssige ramme herfor har sit udgangspunkt i præmissen om det enkelte selskabs afgrænsede juridiske enhed, hvor grundlæggende principper i forhold til hæftelse, lighedsgrundsætningen, ledelsens ansvar for varetagelse af selskabsinteressen, principper i forhold til bevarelse af selskabskapitalen mv. sætter snævre grænser for manøvrerummet, når det pågældende land ikke i øvrigt har udviklet en sammenhængende concernselskabsret, som det kendes fra tysk Konzernrecht.

Men det er ikke alene spørgsmålet om eksistensen eller ikke eksistensen af en sammenhængende selskabsretlig koncernret, der ligger til grund for de store forskelle i reguleringen af europæisk concernselskabsret; kilden til denne diversitet

³⁹ Se Moonitz i *The Entity Theory of Consolidated Statements*, 1944, side 14, note 1: "Similarly, creditors of a relatively weak subsidiary may assume that a strong well-financed dominant company will extend aid to its affiliates. If this assumption is at all warranted in a specific instance, consolidated reports will prove of some use to those without direct legal claims against the dominant company or the group".

⁴⁰ For en nærmere beskrivelse af medarbejdernes retsstilling i grænseoverskridende koncerner henvises til Lone L. Hansens fremstilling i *Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende overtagelse og fusion*, 2010.

skal søges i de meget forskelligeartede anskuelser af formålet med og behovet for koncernselskabsretlig regulering, og særligt tre faktorer ses at have indflydelse herpå:

For det første er koncerner i deres erhvervsøkonomiske og organisatoriske substans forskellige, og disse forskelle ses også på geografisk niveau. Dernæst er der store retspolitiske og samfundsøkonomiske interesser knyttet til koncernselskabsretlig regulering. For det tredje er retlige traditioner forskellige, og de reguleringsmæssige alternativer til en egentlig koncernselskabsretlig regulering er som følge deraf forskellige i de enkelte europæiske lande.

Af især disse grunde foreligger ingen entydighed, når det kommer til koncernselskabsrettens *raison d'être* i bred forstand og defor ejheller, når det kommer til koncernbegrebers indholdsmæssige afgrænsning af den selskabsretlige koncern.

3.3.1 Hvorfor koncernselskabsretlig diversitet?

Koncernselskabsretlig regulering må, som enhver anden retlige regulering, ses i sammenhæng med sit anvendelsesområde.

Men koncerner er langt fra homogene, og som følge heraf er reguleringsbehovet forskelligt. Ejheller i denne sammenhæng kan antages at være grundlag for en "one-size-fit-them-all"-tilgang.

Det ligger uden for denne afhandlings emne at opstille nye erhvervsøkonomiske typologier for koncerner.⁴¹

Her skal blot i tilknytning til afhandlingens emne fremhæves følgende parametre, der kan antages at have betydning for selskabsretlige koncernbegrebers udformning:

Interessekonflikter mellem koncernmoder og koncerndatter vil i sagens natur almindeligvis forekomme sjældnere, når koncernmoder har stor ejerandel, og ultimativt, når der er tale om en 100 % ejet koncerndatter.

I sådanne koncernrelationer vil fokus ud fra et "Schutzzweck"-perspektiv (jf. straks nedenfor) rettes mod kreditorproblemstillinger, og behovet for at indsnævre koncernmoderens magt over koncerndatteren beror overordnet på spørgsmål, der knytter sig til bevarelse af koncerndatterens kapital (og dermed i hovedsagen til såkaldte tynd kapitaliserings- og insolvensrelaterede problemstillinger).

⁴¹ Se evt. nærmere herom i Paul Krüger Andersen, *Studier i dansk koncernret*, 1997, kapitel 4, eller i et internationalt perspektiv Eddy Wymeersch i *Do We Need a Law on Groups of Companies?*, *Capital Markets and Company Law*, 2003, side 573 ff.

Forekomsten af minoritets ejere vil derimod almindeligvis kalde på enten aftalemæssig eller lovgivningsmæssig regulering, sidstnævnte ofte set i forbindelse med indløsningsregler og ultimativt i form af f.eks. generalklausuler i forbindelse med majoritetsmisbrug.

I børsnoterede koncerner vil også reglerne om tilbudspligt i forbindelse med majoritetsovertagelser skulle ses i denne sammenhæng. Her føjes et yderligere aspekt til problemstillingen, idet offentlighedens interesse i stabile og velfungerende kapitalmarkeder stiller særligt store krav til investorbekympelsen.

Branchesammenfald inden for koncernen er tillige en væsentlig faktor i forhold til minoritets-/majoritetskonflikter. Potentielt ses risiko for konkurrencemæssige begrænsninger ("negative opportunities") på koncerndatterens aktiviteter, ligesom koncernmoderens omallokering af forretningsmuligheder, know-how eller produktionsapparat til koncernmoderen selv eller til koncerndøtre, hvori koncernmoder har større ejerandel, er oplagte risici.

Uanset branchesammenfald eller ej vil opbygning af komplicerede koncernstrukturer mindske minoritets ejers mulighed for indsigt i koncernens forhold, og risikoen for ikke-markedsmæssige gruppeinterne transaktioner ("sweethart deals", ledelses- og administrationsomkostninger mv.) samt overførsel af overskud til andre koncernselskaber ("tunnelling") være til stede. Til dette billede hører det faktum, at koncernens konsoliderede regnskaber jo netop eliminerer gruppeinterne transaktioner.

Det er sådanne forhold, der inden for selskabsretten søges imødegået ved f.eks. regulering i tilknytning til transparens, herunder i forhold til ejerforhold, ved regulering af koncerndatterens mulighed for at yde økonomisk bistand til moderselskaber, kapitalejere, ledelsesmedlemmer mv., regler om skriftlighed ved indgåelse af aftaler med ejer eller stifter og eventuelt forelæggelse for generalforsamling af en række dispositioner.

En særlig variant af interessekonflikter består i forhold til især kreditorer, herunder tvangskreditorer, når en koncernstruktur beror på ønsket om at inddæmme risikoen for miljømæssige eller andre risikobetonede problemstillinger til en med dette formål for øje etableret koncerndatter ("risk-channelling").⁴²

Endelig ses også de seneste år i retsvidenskaben et forstærket fokus på den betydning, som det har for en koncernrelation, om koncernen består af

⁴² Se i tilknytning hertil OECD's Guidelines Avoiding Liabilities for Products Environmental Damage i The OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2002.

koncernforbundne virksomheder på nationalt plan, eller om koncernen er af grænseoverskridende karakter.⁴³

Afhandlingen beskæftiger sig i kapitel 5 med det EU-retlige aspekt heraf, og på dette sted skal alene konkluderes, at koncernbegreber (og den materielle koncernselskabsret i øvrigt) i en globaliseret verden nødvendigvis må udformes under hensyntagen til den asymmetri, som potentielt kan følge i retstilstanden både med hensyn til ”Schutzzweck”- og ”enabling-law”-problemstillinger, jf. straks nedenfor.

Betydningen af sådanne forskelle har også et internationalt perspektiv, idet ejer- og stemmemæssig koncentration gennem historien synes at have haft en større udbredelse i den centrale del af Europa end i f.eks. Storbritannien og Holland, hvorfor lovgivers bevågenhed over for koncernspørgsmål på den baggrund kan antages at have været større.⁴⁴

3.3.1.1 *Retspolitiske og samfundsmæssige hensyn*

Hvad ovenfor er anført om EU-rettens begrundelser for koncernregnskaber har tilsvarende gyldighed for de koncernselskabsretlige betragtninger herom.

Etableringen af konkurrencedygtige virksomheder i en global sammenhæng og af et ”level playing field” med henblik på at regulere konkurrencen mellem Unionens virksomheder indbyrdes og i øvrigt at fremme integrationen på Det Indre Marked har siden Fællesskabets start næret ambitionen om en fælles selskabsretlig regulering, herunder også i høj grad en koncernselskabsretlig regulering.

Når dette ikke for så vidt angår koncernselskabsretten har ført til en sammenhængende fælles regulering, skyldes det ikke mindst det forhold, at koncernret generelt, og koncernselskabsret i særdeleshed, af en række medlemslande betragtes som en betydningsfuld og acceptabel konkurrenceparameter.

Se hertil Søren Friis Hansen: ”One of the main purposes of harmonization of European company law was originally to avoid competition between rules of the Member States of the European community. Today there seems to be a general trend towards a widespread acceptance of competition between rules within the

⁴³ Se f.eks. Christoph Teichmann herom i *Rechtsprobleme im Konzern – Drittes Jahrbuch des Krakauer Forums der Rechtswissenschaften*, 2012, side 126: ”Mit der Öffnung und Vertiefung des europäischen Binnenmarktes trat die grenzüberschreitende Dimension dieses Phänomens immer deutlicher hervor. Die Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat wird vorzugsweise durch die Gründung von Tochtergesellschaften oder den Erwerb bestehender Gesellschaften vollzogen.”

⁴⁴ Se hertil Eddy Wymeersch i *Do We Need a Law on Groups of Companies?*, 2003, side 574 ff.

EU, and with the Centros judgement by the ECJ, it must be concluded that this trend has spread to company law.”⁴⁵

Det står, jf. også det i kapitel 5 og 7 anførte, stadig mere klart, at en egentlig sammenhængende fælles koncernselskabret på den baggrund ikke er sandsynlig inden for en overskuelig fremtid, og at medlemsstaterne ud fra argumentation med baggrund i proportionalitets- og subsidiaritetsbetragtninger alene synes at kunne opnå enighed på enkelte fælles regler, der begrundes i hensynet til det Indre Marked.

Således Forum Europaeum Konzernrecht-gruppen allerede i 1998:

”Eingegriffen werden soll nur dort, wo Konzerne und fehlendes oder dysfunktionales Konzernrecht von Mitgliedstaaten Grenzen im Binnenmarkt, zumal Marktzutrittsschranken, errichten bzw. Aufrechterhalten.”⁴⁶

Også fra erhvervslivets side har der kunnet spores skepsis i forhold til behovet for en fælles koncernselskabsretlig regulering, idet ”Schutzzwecke” i forhold til hverken kreditorer og medarbejdere bredt anerkendes i en koncernselskabsretlig sammenhæng.

Således fremførte UNICE (Association of Industries within the European Community) i tilknytning til udkastet til koncerndirektivet, at kreditorhensyn skulle løses i forbindelse med 2. selskabsdirektiv (kapitaldirektivet) og i øvrigt inden for rammerne af insolvensretten, og at medarbejderforhold i øvrigt skulle varetages af lønmodtagerorganisationerne i Europa.⁴⁷

Afhandlingen behandler i øvrigt i kapitel 5 argumentationen omkring indførelsen af koncernselskabsretlig regulering. I denne sammenhæng skal alene understreges det forhold, at behovet for og i givet fald omfanget af og formålet med selskabsretlig koncernregulering er omtvistet, og at afgrænsningen af den selskabsretlige koncern må afspejle dette forhold, når der er tale om fælleseuropæisk regulering.

3.3.1.2 *Retlige traditioner*

Oplevelsen af behovet for koncernselskabsretlig regulering afspejler, foruden ovenstående parametre, tillige den retlige tradition og den allerede eksisterende nationale regulering, som foreligger.

⁴⁵ Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen, The internationalisation of Companies and Company Law, årgang 2001, side 30.

⁴⁶ ZGR 1998, 672-681.

⁴⁷ Böhlhoff/Budde om udkastet til koncerndirektivet i ”UNICE Association of Industries within the European Community”, side 176.

Afhandlingen analyserer i de kommende kapitler fremherskende koncernselskabsretlige traditioner og sammenfatter i kapitel 7 status quo.

Erindres må i denne sammenhæng imidlertid det faktum, at succesfulde europæiske økonomier med vidt forskellige retlige traditioner og vidt forskellige virksomhedsstrukturer på hver sin måde med afsæt i egne retlige traditioner har indrettet sig med en koncernselskabsretlig regulering, som for alvor først bliver udfordret i forbindelse med internationalisering, hvad enten dette sker i EU-regi eller i en større global sammenhæng.

Uforudsigeligt kan det i den sammenhæng ikke antages at være, at meget forskelligartede koncernopfattelser vanskeligt lader sig overbevise om andre retlige regimers fortræffeligheder, og at det ud fra en ”if it ain’t broken, don’t fix it”-tankegang kan være vanskeligt for især angelsaksisk tænkning af den selskabsretlige koncern at forliges med en kompliceret, formalistisk (og omkostningstung) tysk Konzernrecht.

I det ene udgangspunkt ses der reelt ikke at være behov for særskilt koncernselskabsretlig regulering af et væsentligt omfang, og dermed ejheller for at definere en selskabsretlig koncern, idet eksisterende selskabsret og frem for alt dommerskabt ret har vist sig effektiv; i det andet udgangspunkt ses store begrænsninger for især grænseoverskridende koncerner med baggrund i en ikke tilstrækkelig kodificering af koncernretlige regler, sådan som det f.eks. er sket med tysk Konzernrecht.

Behovet for og udformningen af selskabsretlige koncernbegreber afspejler den materielle retstilstand som søges opnået; anskues dette forskelligt, må de ”Zweckbegriffe”, der anvendes (hvis der overhovedet er behov for sådanne) afspejle sådanne forskelle.

3.3.2 ”Schutzzwecke”

Det antages almindeligvis, at den første koncernselskabsretlige regulering havde sit udspring i motivet om beskyttelse direkte af koncerndatteren men indirekte og væsentligst af koncerndatterens stakeholders såsom minoritets ejere, kreditorer, medarbejdere mv. (”Schutzzwecke”) mod koncernmoderens majoritetsmisbrug i kraft af koncernrelationen og mod omgåelse af de almindelige selskabsretlige regler og principper, som ligger til grund for den enkeltstående juridiske enhed.

Sådan var argumentationen også for dansk rets vedkommende for så vidt dansk selskabsrets første koncernbegreb fra i Aktieselskabsloven 1973, jf. også kapitel 6.⁴⁸

Det, der skulle opstilles selskabsretlige værn imod, var med andre ord koncernmoderens magt til på koncerndatterens bekostning at berige sig uretmæssigt til skade for stakeholders som især minoritets ejere og kreditorer, men også medarbejdere og offentligheden i bred forstand.

Argumentationen om koncerndatters beskyttelsesbehov synes åbenbar berettiget.

Men kan der på tilsvarende måde siges at være tale om beskyttelsesbehov også i relation til koncernmoderens interesser?

Søren Friis Hansen beskriver i sin analyse af baggrunden for tysk Konzernrecht, hvorledes det oprindelige fokuspunkt for den tyske Konzernrecht var hensynet til den herskende virksomhed og dennes interesser:

”For det andet udgjorde den herskende virksomhed det fikspunkt, hvorfra de centrale koncernretlige problemer blev anskuet. Det blev undersøgt, hvilke retlige problemer en koncerndannelse medførte for den herskende virksomhed. Siden er perspektivet skiftet. Koncernretten fokuserer i dag på beskyttelse af det afhængige selskab og dets kreditorer”.⁴⁹

Siden Søren Friis Hansens afhandling i 1996 synes der imidlertid i den mellemliggende periode at have været en renaissance for anskuelse af koncernretligt ”Schutzzweck” også i forhold til koncernmoderen.

Logikken heri skal ses i sammenhæng med det faktum, at en koncernmoders ejerkreds ved at drive virksomhed i en koncerndatterkonstruktion almindeligvis fjerner sig et trin fra indflydelsen på denne koncernvirksomheds drift, der enten overlades til koncerndatterens ledelse eller i praksis oftere til koncernmoderens ledelsesorganer, der herefter træffer beslutning vedrørende økonomiske og driftsmæssige forhold i det omfang, hvor sådanne almindeligvis tilkommer en ejerkreds, og der resterer hermed alene en form for indirekte indflydelse på koncerndatterens virksomhed.

⁴⁸ Således f.eks. Christoph Teichmann i Rechtsprobleme im Konzern – Drittes Jahrbuch des Krakauer Forums der Rechtswissenschaften, 2012, side 128: ”Allerdings wurde Konzernrecht damals in erster Linie als Schutzrecht wahrgenommen. Es reagiere auf die ”Konzerngefahr”, die darin liege, dass der beherrschende Gesellschafter, sofern er ausserhalb der Gesellschaft noch andere unternehmerische Interessen verfolgte, die Belange der Gesellschaft hintanstellen könnte”. Tilsvarende i dansk sammenhæng Paul Krüger Andersen i Studier i Dansk Koncernret, 1997, side 116.

⁴⁹ Europæisk koncernret – bør koncernretten reformeres og kodificeres?, 1996, side 79 ff.

Susanne Kalls beskriver denne dobbelthed, når det kommer til ”Schutzzwecke”, som følger:

Om ”Konzernrecht von unten”: ”Dieses Schutzziel richtet sich,nicht primär auf den Schutz vor unsorgfältiger Geschäftsführung, sondern auf den Schutz vor treuwidriger Ausnutzung der Verfügungsbefugnis.”

Om ”Konzernrecht von oben”: ”In Zentrum steht die Mediatisierung der Herrschafts- und Vermögensrechte der Gesellschafter der Obergesellschaft, wenn deren Unternehmen von einer Tochtergesellschaft betrieben wird.”⁵⁰

Ud over dette tab af direkte indflydelse på koncernens virksomhed, har det især i tysk ret været drøftet, om et nyt ansvarselement kan identificeres i forhold til koncernmoderen og dennes ledelsesorganer, idet en ledelsesforpligtelse for koncernmoderen kan antages at have materialiseret sig i tysk ret.⁵¹

”....Scheinbar schwieriger ist die zweite Frage nach der Pflicht des Vorstands zur Organisation und Leitung des Verbundes. Noch vor 25 Jahren wurde eine solche Pflicht allgemeint abgelehnt, bis Peter Hommelhoff mit seinem Buch über den Konzernleitungspflicht mit dieser fehlsamen Lehre aufgeräumt hat. Denn das Vermögen der Gesellschaft dient der unternehmerischen Verwirklichung ihres Gegenstandes durch ihre Organe. Geschieht das aufgrund der Konzernklausel auch in Tochtergesellschaften, so bleibt doch der Leitungspflicht beim Vorstand der Obergesellschaft.”⁵²

En forsømmelse fra koncernmoderens ledelses side i forhold til at lede koncerndatter forsvarligt indebærer tab for koncernmoderens ejerkreds ikke blot i form af et reduceret afkast af koncerndatterens virksomhed, men også efter tysk ret i form af solidarisk hæftelse med koncernmoderens aktiver for eventuelle krav mod koncerndatteren fra tredjemand, der som minoritetssejer eller kreditor i forhold til koncerndatteren måtte lide tab.

Et beskyttelseshensyn kan under denne præmis antages at foreligge i forhold til den minoritetssejer eller kreditor, der i kraft af sit engagement med eller involvering i koncernmoderen er eksponeret for tab.

Sådanne hensyn ses imidlertid ikke lagt til grund i formuleringen af nuværende kendte europæiske koncerndefinitioner, der i forhold til koncernmoderen fokuserer på de fordele, som en koncernmoder kan opnå ved at bruge sin magt (forvaltningsmæssig og i anden henseende) over en koncerndatter.

⁵⁰ Kalls, S. i ZHR, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 171. Band 2007, side 152.

⁵¹ Se nærmere herom i kapitel 4.

⁵² Marcus Lutter i Das unvollendete Konzernrecht, Festschrift für Karsten Schmidt, side 1069, 2009.

”Schutzzwecke” ses i retslitteraturen stadig sjældnere anført som begrundelse for en egentlig kodificering af koncernselskabsretten. Fra retsvidenskabens side argumenteres stadig oftere for, en sådan dagsorden nu må være udtømt som følge af, at væsentlige beskyttelsesregler allerede bid-for-bid har fundet vej til ikke blot den nationale selskabsretlige regulering, men også til insolvensregler, konkurrenceregler etc.

3.3.3 ”Enabling law” – ”Organisationsrecht”

Endnu et fokusskifte har gennem de seneste årtier kunnet iagttages, når det handler om formålet med koncernselskabsretlig regulering.

Uanset det faktum, at udkastet til koncerndirektivet (9. selskabsdirektiv) havde sit forbillede i tysk Konzernrecht og som følge heraf sit fokus på beskyttelse af koncerndatterens interesser, var sigtet allerede dengang, at selskabsretlig koncernregulering tillige skulle bidrage til en udnyttelse af koncerners fulde potentiale:

Fra introduktionen til udkast til koncerndirektivet: ”I betragtning af den betydning, som koncerner i dag har for det økonomiske, politiske og sociale liv, bør man nødvendigvis sikre virksomhederne det fornødne retsgrundlag, således at de fuldt ud kan udnytte deres potentiale.”⁵³

Selskabsretlig lovgivning, der indebærer fleksibilitet i forbindelse med etablering og drift i koncernstrukturer, og dermed understøtter koncerners særlige forretningsmuligheder (”enabling law”) ses nu øverst på den europæiske koncernselskabsretlige dagsorden inden for en bred kreds af retsvidenskabsfolk og Kommissionen i øvrigt, jf. også afsnit 5.3.

Særligt fokuseres der på en kodificering af retten til koncernledelse, hvorfor der nu tales om fænomenet ”Organisationsrecht”.

I de fleste medlemslande kendes inden for rammerne af den almindelige nationale selskabsret og i forskellige varianter det grundprincip, at en virksomheds ledelse, uanset koncerndatterstatus, er forpligtet til at varetage selskabsinteressen, jf. også f.eks. den danske SL.

⁵³ Her refereret fra Paul Krüger Andersen, Studier i dansk koncernret, 1997, side 452.

Hvorvidt en sådan ledelsesret er forenelig med koncernledelse udgør en selvstændig og omtvistet problemstilling, som ligger uden for denne afhandlings fokusering på koncernbegreber.⁵⁴

Over for en sådan retstilstand står det faktum, at koncernforhold netop beror på en anden juridisk enheds dominans eller kontrol, som udmøntes på forskellige måder, og som skal ses på baggrund af en dominerende eller kontrollerende virksomheds interesse i at optimere sit afkast af investeringen i den pågældende dattervirksomhed i form af økonomiske eller andre fordele for koncernmoderen selv eller for koncernen som helhed.

Enkelte europæiske lande, herunder Tyskland, har særlige selskabsretlige regler, hvorefter en sådan koncerninteresse anerkendes, og hvorefter reguleres den afbalancering, som nødvendigvis må ske af koncernens fordele af koncernrelationen over for de øvrige stakeholders, som måtte lide rets-, formue- eller andre tab derved.

Problemstillingen har derfor to væsentlige aspekter:

For det første anses i nogle retstraditioner en så væsentlig selskabsretlig interessekonflikt principielt at skulle reguleres ved kodificeret lov, og ikke f.eks. ved vedtægter, soft law, som dommerskabt ret eller af retsvidenskaben.

For det andet er det et faktum, at koncernstrukturer netop ofte forekommer i grænseoverskridende konstellationer, hvorfor det ikke mindst ud fra et tysk synspunkt har været fremført, at den nuværende retstilstand medfører retsikkerhed for de ledelsesorganer, der skal navigere mellem forskellige landes forskellige retstilstande og reguleringsformer.

På den baggrund anses muligheden for ved lov at give hjemmel til koncerndatterledelsens varetagelse af koncerninteressen – også når denne konflikter med koncerndatterens isolerede interesse – af en række retsvidenskabsfolk og praktikere for et gode, jf. nærmere herom også i kapitel 5.⁵⁵

⁵⁴ Se f.eks. Paul Krüger Andersen i Studier i dansk koncernret, 1997, der argumenterer for, at en sådan ledelsesret implicit følger af SL § 134, 2. punktum, hvorefter en koncerndatter er forpligtet til at give de oplysninger til koncernmoderen, der er nødvendige for vurderingen af koncernens stilling og resultatet af koncernens virksomhed. Se f.eks. også Erik Werlauff i Selskabsret, 9. udgave, side 630. Se f.eks. også Erik Werlauff og Gitte Søgaard i Koncernretten, 2015, side 83 ff. Se endelig også f.eks. Noe Munck og Lars Hedegaard Kristensen i Selskabsformerne – lærebog i selskabsret, 6. udgave, side 224 ff og 274 ff.

⁵⁵ Se nærmere Pierre-Henri Conac i Directors' Duties in Groups of Companies: Legalising the Interest of the Group at the European Level, i Boards of Directors in European Companies – Reshaping and Harmonising Their Organisations and Duties, 2013, side 75 ff.

3.3.4 SL's materielle koncernregler

Hvad er da i dansk sammenhæng anvendelsesområdet for SL's koncernbegreb?⁵⁶

Som angivet i afsnit 1.1.3 er emnet for denne afhandling netop ikke ”koncernretten”, og den selskabsretlige materielle koncernret behandles af samme årsag her alene i oversigtsform og for at illustrere den problemkreds, som det selskabsretlige koncernbegreb afgrænser anvendelsesområdet for.

SL indeholder for det første bestemmelser om rettigheder og pligter i forhold til udveksling af oplysninger mellem koncernforbunde selskaber.

Således er koncernmoderen i henhold til SL § 134, 1. punktum, pligtig at oplyse koncerndatteren om koncernrelationens etablering. I henhold til SL § 134, 2. punktum, er koncerndatteren herefter pligtig at oplyse koncernmoder om forhold, der har betydning for vurdering af koncernens stilling og resultatet af koncernens virksomhed.

For revisor består i SL § 133, stk. 3 en ret til oplysninger fra koncerndatter.

Ovenstående oplysningsforpligtelser er en undtagelse fra SL § 132-reglerne om den tavshedspligt, som påhviler en koncernledelse, herunder altså også en koncerndatterselskabsledelse.

Af betydning er i denne sammenhæng tillige SL § 102 om spørgsmålsretten på generalforsamling.

Det antages jf. SL § 28, nr. 2, at koncernmoderen i sin formålsbestemmelse i vedtægterne skal kunne ”rumme” også koncerndatterens aktiviteter.

I SL §§ 55-56 ses de såkaldte storaktionærregler, hvorefter anmeldelsespligt foreligger ved ”betydelige kapitalandele”.

SL's regler om erhvervelse af egne kapitalandele til eje eller pant, jf. SL §§ 196-200, gælder tilsvarende for koncerndatterens erhvervelse af kapitalandele i koncernmoderen, ligesom forbuddet mod tegning af egne kapitalandele i SL § 205 også omfatter koncerndatterens tegning af kapitalandele i koncernmoderen.

I SL § 179 ligger i forhold til kapitaltabsproblemstillinger samme begrænsning i udlodning af udbytte fra koncerndatter som i øvrigt og uanset koncernrelationen.

⁵⁶ Som angivet i afsnit 1.1.3, omfatter afhandlingens emne ikke selskabsretlige retsvirkninger af koncernforhold, hvorfor dette emne ikke analyseres. For en nærmere gennemgang heraf, se f.eks. Gitte Søgaard og Erik Werlauff i Koncernretten, 2015, kap. 3 og 5.

I SL § 211 ligger undtagelsen til forbuddet mod økonomisk bistand til ejere og ledelsesmedlemmer efter SL § 210, og hvorefter koncerlån til koncernmoder efter omstændighederne kan være lovlige.

I SL § 113 ses spekulationsforbuddet, hvorefter medlemmer af bestyrelse og tilsynsråd samt direktører ikke må deltage i spekulationsforretninger vedrørende kapitalandele inden for koncernen.

Særligt i forhold til minoritetsbeskyttelsen har endvidere SL §§ 107 og 108 betydning, idet disse henholdsvis opstiller kvalificerede majoritetskrav til visse beslutningsprocesser og indeholder generalforsamlingsbeslutningers ugyldighed i tilfælde, hvor ejere eller andre herved skaffer sig utilbørlige fordele f.eks. i forbindelse med samhandelsbetingelser og andre kontraktsforhold, indfører en urimelig konsoliderings- og udbyttepolitik (f.eks. såkaldt udsultning i forhold til minoritetsejere) eller tilrettelægger koncerndatterens virksomhed under hensyntagen til egne snævre interesser.

SL indeholder generelle indløsningsregler i §§ 70-73, som ligeledes har relevans i koncernsammenhæng.

Endelig ses af betydning for den selskabsretlige koncernregulering også at være ÅRL's forpligtelse til udarbejdelse af koncernregnskaber, jf. hvad tidligere er anført herom.

Især to væsentlige spørgsmål er SL tavs om: spørgsmålet om koncernledelse og spørgsmålet om koncernmoderens eventuelle hæftelse for tab hos koncerndatterens interessenter som følge af koncernrelationen.

Sammenfattende er der altså tale om en ganske sporadisk regulering i SL af enkeltstående koncernproblemstillinger,⁵⁷ og som tidligere anført var det da heller ingen selvfølge, at SL 2009 skulle indeholde et selskabsretligt koncernbegreb.

Af forarbejderne til SL 2009 fremgår det klart, at hensynet til enkelhed har haft stor tyngde i forbindelse med udformningen af koncerndefinitionen SL 2009, og nogen evident hensyntagen til særlige koncernselskabsretlige problemstillinger ses da ej heller at fremgå af den selskabsretlige koncerndefinition, jf. nærmere herom i kapitlerne 6 og 7.

⁵⁷ Dette udtrykkes i bet. 1498, 2008, om Modernisering af selskabsretten, side 574, som følger: "Koncerners retsforhold er kun sparsomt reguleret i den danske selskabslovgivning og i årsregnskabsloven. Disse love begrænser sig således i alt væsentligt til at definere, hvornår der foreligger et moder-/datterselskab, og hvornår der skal aflægges koncernregnskab."

3.4 Sammenfatning

Som allerede anført indledningsvis er koncernbegreber formålsbestemte legaldefinitioner ("Zweckbegriffe").

I lyset heraf er i dette afsnit analyseret de formål, som over tid og på tværs af retlige kulturer har været afgørende for regnskabsmæssige og selskabsretlige koncernbegrebers udformning under hensyntagen til den regulering, som de har været antaget at skulle afgrænse anvendelsesområdet for.

For så vidt angår det regnskabsretlige område synes sådanne formål og behov velbeskrevne, og det konstateres i afhandlingens efterfølgende afsnit, at en vis konvergens allerede er opnået i forhold til udviklingen af koncernbegreber, der bygger på sådanne fælles præmisser for forståelsen af den regnskabsretlige koncern.

Når det derimod gælder det koncernselskabsretlige område, kan iagttages en betydelig variation, når det gælder formuleringen af formålet med en sådan koncernselskabsretlig regulering.

Variationen afspejles over tid, hvor "Schutzzwecke" i forhold til både koncerndatterens og koncernmoderens interessenter har været afgørende for den selskabskoncernretlige regulering, og hvor "enabling law", lovgivning der skal understøtte koncerners tilrettelæggelse af drift i koncernstrukturer, senest har været højt prioriteret i forbindelse med en ny koncernorganisationsretlig tænkning.

Men variationen ses også med baggrund i retspolitiske hensyn, hvor selskabsretten, herunder koncernselskabsretten, ses som en international konkurrenceparameter, og hvor tilbøjeligheden til derfor at søge konvergens i forhold til andre nationale landes regulering er ringe.

Endelig ses en forskelligartet prioritering af en kodificeret koncernselskabsret; for nogen lande er der gennem årtier udviklet en praksis med baggrund i dommerskabt lov, og for dem ses ikke noget behov for nogen kodificering af koncernselskabsretten.

Andre har nu snart i et halvt århundrede haft og videreudviklet en kodificeret og systematisk regulering med baggrund i tysk jurisprudence, og for disse er fraværet af en fælles kodificeret forståelse af den selskabsretlige koncern og grundpillerne i den koncernselskabsretlige regulering i øvrigt forbundet med retsikkerhed.

I nogen lande følger det af ejerstrukturer, at koncernproblemstillinger vil hyppigt vil forekomme, medens andre landes ejerstrukturer tilsiger et mindre fokus på koncernproblemstillinger.

Perceptionen af formålet med og omfanget af en koncernselskabsretlig regulering er ganske enkelt forskellig ud over Europa. Derfor anerkendes ikke bredt behovet for en begrebsmæssig fastlæggelse af den selskabsretlige koncern og ej heller behovet for at regulere et sådant selskabsretligt fænomen.

I dansk ret har lovgiver i SL 2009 og ÅRL 2009 valgt koncernbegreber, der begge er skåret efter samme læst, den internationale regnskabsstandard IAS 27 (2008).

Som netop drøftet er formålene for koncernregulering inden for de to retsområder forskellige. Hvorvidt dette afspejles i gældende ret, når det kommer til de to koncernbegrebers indholdsmæssige substans, analyseres i kapitel 6, hvortil henvises.

KAPITEL 4. IASB-STANDARDERNES KONCERNBEGREBER

Denne afhandling tager sit udgangspunkt i en overordnet præmis om, at IASB-standarderne er den enkeltstående faktor, som i samtiden i realiteten har størst betydning for retssystemers udvikling af koncernbegreber i Europa og i Danmark i særdeleshed.

Denne præmis adskiller sig såvel i funktionel henseende som i geografisk ambitionsniveau fra den præmis, som IASB-organisation historisk selv har lagt til grund og fortsat bekender sig til.

Efter en indledende og kort kvalificering af regnskabsstandarter som begreb, behandler denne del af afhandlingen IASB-standardernes koncernbegreber i et "Classic"-perspektiv, og de ses dermed i et IASB-perspektiv, hvor IASB-standarderne er en kommerciel organisations tilbud om regnskabsstandarter til virksomheder, der handles på verdens børser, og hvor IASB ser sig selv som én af flere udbydere i det "battle-of-standards", som markedet for internationale regnskabsstandarter udgør.

Kapitlet indeholder herefter en kort præsentation af IASB-organisationen og af den regnskabsretlige tradition og tænkning, som IASB-organisationen er rundet af, hvorefter følger en indholdsmæssig analyse af dels IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb og dels af IFRS 10-standardens koncernbegreb.

At afhandlingen overhovedet i et selvstændigt afsnit beskæftiger sig med den internationale regnskabsstandard IAS 27 (2008), der sammen med IASB fortolkningen SIC 12 med virkning fra 1. januar 2014 er afløst af IFRS 10 og dermed ikke længere eksisterer som regnskabsstandard, når det kommer til spørgsmålet om konsoliderede regnskaber, beror for det første på det forhold, at IAS 27 (2008) inklusive fortolkningen hertil i SIC 12 stadig må anses for at være den enkeltstående faktor, der i samtidens danske koncernlovgivning må tillægges størst betydning for væsentlige retsområders definition og retlige forståelse af koncernen.

Baggrunden herfor er den danske lovgivers beslutning om i 2009 at vælge IAS 27 (2008) standarden med tilhørende fortolkning SIC 12 som udgangspunkt for fastlæggelse af såvel ÅRL's som SL's koncernbegreber (og dermed indirekte også for andre koncerndefinitioner, hvor koncernbegreber afledes af det selskabsretlige koncernbegreb, således f.eks. visse skatteretlige koncerndefinitioner).

Inspirationen fra IAS 27 (2008)-standarden medførte, at sådanne danske koncerndefinitioner næsten (men også kun næsten jf. afhandlingens senere afsnit) ordret blev anvendt som en afskrift af IAS 27 (2008)-standarden, medens det kan synes vanskeligere umiddelbart at identificere SIC 12 formuleringer i de danske koncerndefinitioner. Forarbejderne er dog klare:¹ SIC 12 skal indgå som fortolkningsbidrag i forhold til 2009-lovenes koncerndefinition.

Allerede af denne grund giver det god mening at vie en selvstændig, og tilmed centralt placeret, del af denne afhandling til behandlingen af denne regnskabsstandards koncernbegreb, idet en tidligt placeret indholdsmæssig analyse af nævnte standards koncernbegreb herved i de efterfølgende dele af afhandlingen tjener som en værdifuld referenceramme. – Den, som har tilegnet sig en dybdegående forståelse af IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb, vil have et godt udgangspunkt for at tilegne sig det indholdsmæssige element i en række danske koncernbegreber.

Dernæst følger det indelysende forhold, at IFRS 10-koncerndefinitionen uanset sin ganske anderledes udformning står ”på skuldrene” af den tidligere IAS 27 (2008) standard og den praksis, der er udviklet i tilknytning hertil, hvorved IAS 27 (2008)-standard bliver en væsentlig referenceramme for forståelsen også af den nye IFRS 10-standard.

Kapitlet beskriver og analyserer herefter IFRS 10-standardens koncernbegreb. Kapitlet analyserer betydningen af, at den nye standards koncernbegreb både i form og substans adskiller sig væsentligt fra IAS 27 (2008)-standard, og opsummerer som afslutning nogle af de foreløbige konklusioner, der – med væsentlige forbehold - kan drages om såvel ændringer i form og substans som om tendenser til ændringer i konsolideringspraksis i konsekvens af overgangen til det nye koncernbegreb.

Dernæst følger det indelysende forhold, at IFRS 10-koncerndefinitionen uanset sin ganske anderledes udformning står ”på skuldrene” af den tidligere IAS 27 (2008) standard og den praksis, der er udviklet i tilknytning hertil, hvorved IAS 27 (2008)-standard bliver en væsentlig referenceramme for forståelsen også af den nye IFRS 10-standard.

4.1 Kvalificering af regnskabsstandarder som begreb

I sit udgangspunkt er en regnskabsstandard ikke en retsstandard – den er ikke ”jura” og hører i sin oprindelse til inden for de økonomiske videnskaber. Som det beskrives kort i næste afsnit, er regnskabsstandarder udviklet af økonomer, først og fremmest revisorer, og anvendes først og fremmest af økonomer og revisorer.

¹ Bet. 1498, 2008, Modernisering af selskabsretten, side 747.

Lig tekniske standarder i almindelighed er regnskabsstandarder regnskabstekniske specifikationer, som er godkendt af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen og konstant anvendelse. I udgangspunktet er der ingen pligt til at overholde standarden, med mindre en særskilt hjemmel i aftale eller lovgivning tilsiger det.²

Erlend Kvaal og Christopher Nobes foretog i 2010 et studium af forskelle i anvendelsen af forskellige IFRS-standarder. Studiet påviste problemstillinger i forhold til en sådan ”gentagen og konstant” anvendelse i forhold til IASB-organisationens globale perspektiv for IFRS-standardernes anvendelse, idet blandt andet geografisk begrundede forskelle i regnskabstraditioner, historisk betingede forskelle på anvendelse af enten angelsaksisk eller kontinental regnskabspraksis og forskel på valg af revisionsfirma sås at medføre forskellig regnskabspraksis. I forhold til sidstnævnte moment, kunne der således alene inden for gruppen af ”The Big 4” (PwC, Deloitte, KPMG og E&Y) konstateres forskelligartet anvendelse af samme regnskabsmæssige principper i standarderne.³

Værdien af regnskabsstandarder for brugerne (og for udstederne af dem) stiger med standardernes udbredelse. Derfor er det helt afgørende for udstederne af dem, at alverdens børser og andre væsentlige aktører såsom politiske organer og sammenslutninger samt førende revisionsfirmaer bakker op om dem, og at regnskabsstandarderne derved opnår global anerkendelse og ultimativt anvendelse.

Derfor ses også en ”battle-of-standards”, hvor især IASB-organisationens standarder står over for den amerikanske FASB-organisations US-GAAP-standarder. Efter årtiers konvergens-bestræbelser er det fortsat sådan, at især disse to organisationer med deres respektive sæt af regnskabsstandarder dominerer og konkurrerer om det globale marked for regnskabsstandarder.

Uanset formålsbestemmelser med henvisning til ”public interest” er regnskabsstandarder også en forretning, og såvel IASB- som FASB-organisationerne drives som virksomheder med betydelige økonomiske interesser på spil.

IASB-organisationen er en privat organisation og eksisterer ikke med baggrund i nogen offentlig myndighed, hvilket udgør en forskel i forhold til de amerikanske FASB-standarder, der er knyttet op mod en offentlig standardiseringsmyndighed (SEC – Securities and Exchange Commission).

² Se Mads Bryde Andersen, IT-Retten, 2. udgave, 2005, side 257, hvor tekniske standarder behandles som begreb.

³ Erlend Kvaal og Christopher Nobes i International Differences in IFRS Policy Choice: a Research Note, Accounting and Business Research, 2001, Vol. No. 2, side 173-187.

Når IASB-standarder imidlertid alligevel set fra et europæisk perspektiv får egentlig retlig interesse, beror det på de initiativer, som EU siden årtusindeskiftet har taget med henblik på ved forordninger at gøre visse standarder obligatoriske for visse grupper af europæiske virksomheder. Se nærmere herom i afsnit 5.2.4

Uanset denne EU-retlige dimension, som i forhold til IASB-organisationens globale sigte i øvrigt kan betragtes som en del af organisationens forretning på linje med f.eks. de særlige initiativer, der pågår i forhold til udvikling og udbredelse af regnskabsstandarder i Sydamerika og Asien, er IASB-organisationens standarder et tilbud til virksomheder om anvendelse af økonomisk funderede regnskabsstandarder af høj regnskabsteknisk kvalitet og med en høj kendskabsgrad og en udbredt anvendelse world-wide.

Derfor indeholder IASB-standarderne ejheller bestemmelser om hverken håndhævelse eller sanktioner, og de er hverken i form eller substans udformet med tanke for at skulle underkastes hverken juridisk metodemæssig behandling endsige retlig efterprøvelse.

Mads Bryde Andersen antager, at tekniske standarder opnår retsvirkninger på tre måder: 1. ved lov eller bekendtgørelse, når lovgivning inkorporerer standarder som en del af retsgrundlaget, 2. ved aftale (sådan som det f.eks. er tilfældet, når visse af verdens børser betinger notering af virksomheder af anvendelse af særlige regnskabsstandarder), 3. som udfyldning.⁴

Når det specifikt handler om regnskabsmæssige koncernbegreber, er det ikke et mål for IASB-organisationen at udvikle koncernbegreber; det væsentlige er at afgrænse den kreds af virksomheder, som efter almindelige IASB-regnskabsprincipper kontrolleres af en anden virksomhed (koncernmoderen), og dermed regnskabsmæssigt skal præsenteres som en fælles ”nettomængde” af aktiver og passiver for den investor, der måtte overveje investering i kapitalandele i koncernmoder (investor) eller én eller flere af koncerndøtrene (investees).

Af det ovenfor anførte følger, at dette afsnit i afhandlingen vil behandle koncernbegreber ud fra den præmis, der netop er beskrevet for globale regnskabsstandarder – og ikke med baggrund i en retsdogmatisk analyse.

Retlige implikationer af regnskabsstandardernes koncernbegreber, herunder anvendelse af juridisk metode i forhold hertil, udgør en del af behandlingen af EU-rettens koncernbegreber i kapitel 5, og nationale henholdsvis regnskabsretlige og selskabsretlige koncernbegreber i kapitel 6.

⁴ IT-Retten, 2. udgave, 2005, side 268 ff.

4.2 IASB-organisationen og den angelsaksiske koncernregnskabs-tradition

4.2.1 Organisationen

Organisationen blev i 1973 under navnet IASC grundlagt af den engelske revisor Henry Benson sammen med revisorer fra 9 lande. Organisationen blev i 2001 med opløsningen af IASC videreført som den nuværende IASB/IFRS-organisation, og mere end fire årtiers angelsaksisk regnskabstradition ligger således til grund for udviklingen af de regnskabsstandarde, som i dag benyttes i blandt andet danske børsnoterede selskabers koncernregnskaber, og som siden 2009 som allerede anført har spillet en meget central rolle i national dansk koncernregulering inden for en række retsområder.

Den nuværende organisation, IFRS Foundation, har i henhold til fondens hjemmeside følgende formål:

”The IFRS Foundation is an independent, not-for-profit organization. Our primary mission is to develop, in the public interest, a single set of high quality, understandable, enforceable and globally accepted International Financial Reporting Standards (IFRS) based upon clearly articulated principles”.⁵

Fonden er organiseret øverst med et ”Foundation Monitoring Board”, hvis primære funktion er ”public accountability”, og under dette organ ses IFRS Foundation Trustees, hvis opgaver omfatter ”governance and oversight”.

Den operationelle del af organisationen, og hvor IFRS-standarde, fortolkninger heraf mv. udvikles, er IFRS Foundation, som består af IASB (International Accounting Standards Board) og IFRS Interpretation Committee (IFRIC – tidligere SIC).⁶

Fonden har hovedkvarter i London (men er registreret i Delaware, USA) og har afdelingskontorer blandt andet i Asien og USA.

Betydelige såvel økonomiske som kompetencemæssige ressourcer står til Fondens rådighed, og Fonden er internationalt anerkendt og indflydelsesrig, når det kommer til det ”battle-of-standards”, som nu pågår i forhold til ”markedet” for regnskabsstandarde.

En væsentlig del af den værdi, der er forbundet med udvikling af internationale standarde, er som allerede nævnt udbredelsen heraf, og det amerikanske FASB, der

⁵ <http://www.ifrs.org/About-us/IFRS-Foundation/Pages/Home.aspx>. Senest besøgt 19.03.2015.

⁶ <http://www.ifrs.org/About-us/Pages/IFRS-Foundation-and-IASB.aspx>. Senest besøgt 19.11.2014.

på vegne den amerikanske tilsynsmyndighed SEC udvikler US-GAAP-standarderne, ses som både en væsentlig konkurrent og især tidligere også via konvergensprojekter som samarbejdspartner, idet både IFRS-standarderne og US-GAAP-standarderne har udbredelse world-wide. Det er især mellem disse to organisationer, kampen om regnskabsstandardernes status som state-of-the-art i disse år pågår.

Det nævnte konvergensprojekt indgik i en aftale (Norwalk Agreement) fra 2002 mellem FASB og IASB. Hensigten var at opnå en vis ensartethed i regnskabsstandarderne, således at standarderne kunne opnå gensidig anerkendelse på verdens børser.

Samarbejdet eksisterer fortsat, men anses for mindre tæt end tidligere, idet de to organisationer nu i højere grad synes at forfølge individuelle mål, hvor det har vist sig vanskeligt at opnå fælles fodslaw i konvergensprocessen.

4.2.2 Angelsaksisk koncernregnskabstradition

IASB-organisationen er rundet af en angelsaksisk regnskabstradition, som har sameksisteret med common law traditionen på det retlige område.

Den angelsaksiske regnskabstradition beror i sit udgangspunkt på et værdibaseret regnskabskoncept (i modsætning til den kontinentaleuropæiske, som i sit udgangspunkt i højere grad er transaktionsbaseret).⁷

Retrospektivt kan revisorstandens rolle derfor næppe overvurderes, hverken når det kommer til udvikling af koncernregnskabsstandarder eller for den sags skyld koncernregnskabsretten, og etableringen i Skotland i 1853 af Europas første revisororganisation ”The Society of Accountants in Edinburgh” og i Holland i 1895 af ”Instituut van Accountants” må anses for væsentlige milepæle i regnskabsrettens historie.

Medens regler for aflæggelse af koncernregnskaber i Danmark først blev indført med Aktieselskabsloven af 1973,⁸ var det allerede i slutningen af 1930’erne almindeligt i Storbritannien og USA at udarbejde koncernregnskaber.

Formålet med og funktionsmåden for denne tidlige anvendelse i blandt andet USA og Storbritannien af konsoliderede regnskaber er kun sparsomt beskrevet og

⁷ Se f.eks. Henrik Steffensen m.fl. i Kommentarer til Årsregnskabsloven, 5. udgave, side 77.

⁸ Se nærmere herom i afsnit 6.2.

analyseret i litteraturen,⁹ ligesom retningslinjerne var bredt formulerede ud fra en betragtning om, der skulle være en vis rummelighed i forhold til ”exercise of judgment”. Walker konkluderer herom således:

”In short, the literature on consolidated statements was messy”.¹⁰

Koncernstrukturer har i den angelsaksiske tradition i perioder været uglest. I USA vedtoges i 1890 den såkaldte Sherman Anti-Trust Act indeholdende blandt andet følgende bestemmelse:

”Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.”

Den hidtil meget anvendte trust-konstruktion blev dermed forbudt. Imidlertid blev bestemmelsen ikke effektivt sanktioneret, og ydermere vedtog de amerikanske stater i årene herefter forskelligartet såkaldt ”enabling corporation law”, som herefter muliggjorde en række koncernlignende organisationsformer.

En væsentlig drivkraft i forhold til udarbejdelsen af konsoliderede regnskaber var de internationale børser. Således indførte New York Stock Exchange et egentligt krav om koncernregnskaber i 1919, australske børser gjorde det i 1927, ligesom kravet kom på London Stock Exchange i 1939, hvor koncernregnskabernes værdi som informationskilde blev regnet væsentligt højere end informationsværdien af moderselskabers regnskaber.

Endelig udgjorde konsoliderede regnskaber grundlaget for amerikanske koncerners skatteopgørelse i perioden 1917 – 1934, sådan som det også senere har været tilfældet i en række europæiske lande.

Disse tidlige amerikanske koncernregnskaber omfattede i overvejende grad koncernstrukturer med holding selskaber, herunder især holdingstrukturer med 100 % ejerskab. Minoritetsinteresser var derfor sjældent forekommende, hvilket i høj grad prægede den tidlige tænkning i relation til koncernregnskaber.¹¹

⁹ Om de manglende beskrivelser i datiden af formålet med konsoliderede regnskaber, se Consolidated Statements R. G. Walker, 1977, side 2: ”For example, it is said that consolidated statements are concerned with depicting the affairs of a ”group” of companies; they show the affairs of holding companies and subsidiaries ”as if” the subsidiaries were only ”branches” of the parent firms; they depict the affairs of an ”economic entity” they brush aside ”legal technicalities..... None explain why legal ”realities” are to be dismissed as ”technicalities”, or why it is useful to report on an ”economic entity” or ”group””.

¹⁰ Se nærmere i Consolidated Statements, R. G. Walker, 1977, side 267 ff.

¹¹ Se nærmere i Consolidated Statements, R. G. Walker, 1978, side 266 ff.

De samfundsøkonomiske efterdønninger efter depressionen i 1930'erne i almindelighed og en udbredt mistillid hos amerikanske politikere i forhold til revisorstanden i særdeleshed førte i 1934 til etableringen af det amerikanske SEC (the Securities and Exchange Commission),¹² der fik og fremdeles har ansvaret for udviklingen af de amerikanske kapitalmarkeder, og som tillige fik og stadig har ansvaret for udviklingen af regnskabsstandarder til brug for amerikanske børsnoterede selskaber.

I de efterfølgende år øgedes især i USA og Storbritannien interessen for en analytisk og struktureret tilgang til frembringelsen af ny koncernrettet selskabs- og regnskabslovgivning.

For så vidt angår den nærmere forståelse af koncernbegrebet var der i USA i årene 1935 – 1945 store brydninger.

På den ene side stod f.eks. universitetsprofessor E. L. Kohler, der som repræsentant for "American Accounting Association" (en amerikansk sammenslutning af universitetsprofessorer inden for revision) i 1938¹³ repræsenterede den holdning, at konsoliderede regnskaber skulle udarbejdes, når der var tale om "kontrollerede" selskaber uanset ejerandel, såfremt sådanne kontrollerede selskaber havde nogen indbyrdes driftsmæssig relation, eller såfremt en sådan bestod i forhold til "moderen".

På den anden side endte det amerikanske SEC med i 1940 at udstede den såkaldte S-X regnskabsregulering, efter hvilken konsolidering alene skulle finde sted, når en nøglebetingelse om majoritetsejerskab var opfyldt.

Ikke mindst med M. Moonitz' artikel i juli 1942 "The Entity Approach to Consolidated Statements" i The Accounting Review og den efterfølgende bog i 1951 "The Entity Theory of Consolidated Statements" blev der nået en milepæl for den forståelse, der i høj grad også i dag præger vor forståelse af "entity/enterprise" problemstillinger og ikke mindst nutidens forståelser af koncernbegreber.

Blandt Moonitz' væsentlige teser om definitionen af konsolideringskredsen kan nævnes fra hans "useful set of guides consistent with the major goal of consolidation".¹⁴

¹² The Securities and Exchange Act, juni 1934.

¹³ Review, marts 1938, "Some Tentative Propositions Underlying Consolidated Reports".

¹⁴ The Entity Theory of Consolidated Statements, American Accounting Association, 1944, monograph No. 4, side 23 ff.

Om ejerskab og ejerandel

Moonitz påviste dengang, som så mange teoretikere i eftertiden har gjort det, at ejerandele per se ikke er centrale, men at det, som følger af ejerandelen, nemlig magten – en centraliseret kontrol - er den væsentlige faktor.

Blandt hans væsentlige konklusioner var, at ejerskab til aktier alene er en ekstern manifestation for kontrol, og han konkluderede – efter en række empiriske eksempler fra det amerikanske erhvervsliv - herefter, at en høj ejerandel af aktier ikke i alle tilfælde er at ligestille med kontrol.

Den centraliserede kontrol i kraft af stemmer, som kan benyttes til at kontrollere en virksomheds ledelse, er den reelt betydningsfulde faktor.¹⁵

”Control is most easily centralized by domination of the board of directors of each company; and this domination is most readily and firmly secured by possession and exercise of the votes needed to elect the board.”

I tillæg hertil påviste han ved empiriske eksempler, hvorledes ejerskab alene er et middel til kontrol:

”.....stock ownership is merely the instrumentality by means of which control is maintained”.

Bestemmende indflydelse (controlling influence)

Moonitz forkastede, i modsætning til IASB-standarderne, uden tøven den blotte besiddelse af kontrol som en rettesnor for afgrænsning af området for konsolidering:

”Controlling influence” must be rejected as a guide; the influence must be actual, not merely potential”.

Under henvisning til amerikansk lovgivning og praksis argumenterede han for, at indflydelsen aktivt skal udøves, og altså ikke blot passivt skal indehaves for, at kontrol kan siges at foreligge.

Som det vil ses i afhandlingens senere afsnit, har dette tema helt op i samtiden optaget både den økonomiske og den juridiske videnskab – senest kulminerende med ”the ability approach”-doktrinen i forbindelse med IFRS 10-standarden.¹⁶

¹⁵ Synspunktet genfindes hos en lang række danske forfattere, se f.eks. Erik Werlauff i Dansk og international koncernret og koncernskatteret, side 44.

¹⁶ Se nærmere herom afsnit 4.4.12.4.

Driftsmæssig enhed

Moonitz argumenterede for, sådan som A. J. Simons havde gjort det allerede i 1927,¹⁷ hvorledes centraliseret kontrol er en nødvendig, men ikke altid tilstrækkelig forudsætning for konsolidering. I tillæg hertil må også i henhold til Moonitz – som forudsætning for konsolidering – være en driftsmæssig og økonomisk enhed:

”In essence the notion of centralized control as it applies to consolidated statements has been clarified by including the condition that unitary operations also exist.”

I Moonitz’ analyser kunne ”unitary operations” være iklædt forskellige skikkelser og grader; for det første beskrev han en skelnen mellem det, som i nutiden i dansk sammenhæng benævnes henholdsvis vertikale og horisontale koncerner, og dernæst beskrev han, hvorledes centraliseret kontrol i kombination med tre ”grader” af ensartethed i drift måtte begrunde forskellige tilgange til konsolidering.

Også den britiske økonomiprofessor A. J. Simons bidrog væsentligt til forståelsen af koncerndefinitionen blandt andet med følgende synspunkt:¹⁸

”Where control is not and has not for some time past been exercised, then the investments should be treated as ordinary shareholdings”.

I forbindelse med vedtagelsen af den britiske 1929 Companies Act blev – til brug for afgrænsningen af området for udarbejdelse af konsoliderede regnskaber og efter forslag fra den såkaldte Greene Committee – fastlagt følgende koncerndefinition, som under henvisning til denne afhandlings senere konklusioner ses at rumme væsentlige elementer af den tænkning, der stadig kendetegner vore nutidige koncerndefinitioner:

”When a company includes among its assets and holds either directly or through a nominee or nominees shares in another company and (i) by means of such holding either (a) has more than fifty per cent of the voting power in such other company, or (b) holds more than fifty percent of the issued share capital of such other company or (ii) has power to appoint or nominate the majority of the directors or persons occupying the position of directors, by whatsoever name called, of such other company then such other company shall be deemed to be a subsidiary company for the purposes of this section.”

¹⁷ Se f.eks. A. J. Simons, *Holding Companies*, 1927, side 89, hvor antages, at kontrol over datter/døtre var en nødvendig, men ikke tilstrækkelig forudsætning for konsolidering.”

¹⁸ A. J. Simons, *Holding Companies*, side 89.

I den angelsaksiske koncernregnskabsret har der imidlertid fra den tidligste praksis og den tidligste litteratur og helt frem foreløbig til den seneste IFRS 10-standard være en dynamisk udvikling af de regnskabsretlige koncerndefinitioner, herunder også de principper hvorpå koncerndefinitioner hviler.¹⁹

Bemærkelsesværdigt er det i denne sammenhæng, at kravet om konsoliderede regnskaber i USA fremdeles i nutiden ikke er kodificeret i nogen regnskabslovgivning; kravet om konsoliderede regnskaber følger af børsernes krav herom, af retningslinjer for den amerikanske revisorbranche og af de krav, der stilles af SEC om anvendelse af regnskabsstandarder, herunder også US GAAP-standarderne om konsoliderede regnskaber.

SEC udliciterede tidligt udviklingen af regnskabsstandarder til det amerikanske FASB, der i dag har udviklet over 150 regnskabsstandarder under betegnelsen US GAAP, herunder en række standarder omhandlende konsoliderede regnskaber, hvortil kommer et anseeligt antal yderligere dokumenter, som knytter sig til anvendelsen af US GAAP standarderne.

4.2.3 Forholdet til kontinental-europæisk regnskabstradition

Når det gælder den kontinentaleuropæiske koncernregnskabsret, tegnes et ganske broget billede både tidsmæssigt og indholdsmæssigt i forhold til koncernregnskabsrettens indtog.

Før implementeringen af koncernregnskabsdirektivet var forskellighederne i den kontinentale del af Europa mellem datidens EF/EU-lande således flere end lighederne, når det kom til udformningen af og tidspunktet for udbredelsen af koncernregnskaber.

Tidsmæssigt sås Holland således tidligt at anvende konsoliderede regnskaber efter angelsaksisk forbillede, idet konsoliderede regnskaber var almindelige allerede i 1920'erne, og sen var udbredelsen af konsoliderede regnskaber i Italien, hvor udarbejdelse af konsoliderede regnskaber først blev obligatorisk med den sene implementering af koncernregnskabsdirektivet. Overordnet set anvendtes konsoliderede regnskaber væsentligt senere i det kontinentale Europa end i det angelsaksiske område.

Den senere anvendelse af konsoliderede regnskaber i det kontinentale Europa end i den angelsaksiske tradition beror på en række forhold:²⁰

¹⁹ Se f.eks. R. G. Walker, der i 1977 i Consolidated Statements, side 1, bemærker: "There are differences in the tests used to identify "subsidiary companies".

²⁰ Se også Christopher Nobes analyse heraf i International Group Accounting, 2nd Edition, S. J. Gray, side 230.

Blandt væsentlige forhold har været det faktum, at omfanget af ”big business” historisk var mindre i det kontinentale Europa, hvor blandt andet også forekomsten af holdingselskaber var sjældnere. I konsekvens heraf har der været færre betydningsfulde selskabsdeltagere som efterspørgere af et overordnet økonomisk overblik på koncernniveau.

Læg dertil en langt mindre fagligt funderet og innovativ revisorprofession samt det forhold, at regnskabsreguleringen ofte beroede på offentligretlig regulering, idet skatteansættelse i en række lande var det væsentligste formål med både regnskaber og konsoliderede regnskaber, og idet skattemyndigheder og andre offentlige myndigheder af selvsamme årsag havde præference for at anvende egne værdiansættelsesmetoder.

Endelig ses også i retshistorien beskrevet pengeinstitutter og kreditorers indvendinger mod konsoliderede regnskaber, idet konsoliderede regnskaber ansås for at bidrage til usikkerhed om de juridiske forpligtelsers rette placering.

En egentlig analyse af historisk betingede (før implementering af koncernregnskabsdirektivet og forordningerne om internationale regnskabsstandarder for noterede selskaber) forskelle på angelsaksisk og kontinental koncernregnskabsret ligger uden for denne afhandlings emne, jf. den i afsnit 1.1.3 angivne afgrænsning af emnet. Der henvises i denne forbindelse i stedet til Flowers²¹ og andres analyser, idet væsentlige forskelle (alt for forenklet) dog kan beskrives som følger:

Historisk set har udbredelsen og udviklingen i Vesteuropa af regnskabsregulering, herunder koncernregnskabsregulering, i den angelsaksiske tradition været drevet af revisorstanden, medens den i de fleste kontinentaleuropæiske lande har været drevet af statsmagten.

Dette reflekteres tildels i det faktum, at det primære formål, jf. også afsnit 3.2, med udarbejdelsen af regnskaber, herunder koncernregnskaber, i den angelsaksiske tradition har været hensynet til kapitalmarkedernes informationsbehov, medens det i en række kontinentaleuropæiske lande har været at danne grundlag for beregning af udlodninger til selskabsdeltagerne.

Det sekundære formål har i angelsaksisk regnskabstradition været at forbedre selskabsdeltagernes mulighed for at kontrollere selskabernes ledelse og i den kontinentaleuropæiske tradition at indskrænke virksomhedernes ledelsesmuligheder i forhold til virksomhedssejerne.

²¹ European Financial Reporting – Adapting to a Changing World, 2004, side 231 ff.

I den angelsaksiske tradition har regnskabsmodeller især været indrettede på at indeholde information om rentabilitet og solvens, mens der i den kontinentaleuropæiske tradition har været fokus på information, der afspejlede en ”samfundsmæssig effektivitet”. Ligeledes har kriteriet for indretningen af angelsaksiske regnskaber traditionelt været ”relevans” (og heraf følgende fokus på ”a true and fair view”)²², mens det centrale kriterium i det kontinental-europæiske regnskab har været ”sikkerhed” (”a picture according to the facts”)²³, hvilket må ses i lyset af ovenstående bemærkninger om efterspørgerne af regnskaberne, herunder koncernregnskaberne.

Ligeledes skal nævnte kvalitative karakteristik af de to forskellige traditioners regnskabsmodeller ses i sammenhæng med, at den angelsaksiske tradition i højere grad har sat substans over udformning, medens forsigtighed har været et nøgleord ved udformningen af regnskaber, herunder koncernregnskaber, i den kontinentale tradition.

Videre giver nævnte forskelligheder sig udslag i det faktum, at der i den angelsaksiske tradition har været forudsat anvendelse af et professionelt skøn²⁴ ved regnskabsaflæggelsen, medens udarbejdelse af regnskaber i den kontinentale tradition har haft en høj grad af regelbundethed.

Dette har i den angelsaksiske tradition givet sig udslag i en vis fleksibilitet i forhold til udarbejdelse af regnskaber i overensstemmelse med den enkelte virksomheds behov, medens ensartethed har været en væsentlig målsætning i kontinentaleuropæisk regnskabsaflæggelse, sidstnævnte med anvendelse af obligatoriske skemaer for opbygningen af regnskaber.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at det kontinentaleuropæiske Holland i høj grad traditionelt har benyttet sig af angelsaksisk regnskabstradition, ligesom skandinavisk regnskabstradition i højere grad end andre dele af den kontinentale Europa, omend dog i mindre grad end Holland, har været under væsentlig indflydelse af angelsaksisk regnskabstradition (i denne sammenhæng har det været afgørende, at den regnskabsretlige tradition i Skandinavien generelt er tidsmæssig ”ung” og derfor tidligt har været under indflydelse af den tænkning, der har ligget bag IASB- og FASB-standarderne).

Modsætningerne mellem angelsaksisk og især den tyske tradition for koncernregnskabsret var – og er fortsat – markante og udtrykkes vel næppe klarere end af Peter Hommelhoff: ”Während in Deutschland der Schutz der

²² Flower jf. ovenstående henvisning.

²³ Flower jf. ovenstående henvisning.

²⁴ Se nærmere herom i afsnit 4.4 vedrørende seneste ændringer i IFRS-standarder, herunder særligt IFRS 10.

Gesellschaftsgläubiger und in letzter Konsequenz das Bestreben im Vordergrund steht, nicht zuviel an ausschüttungsfähigen Erträgen auszuweisen, orientiert sich der IAS-Konzernabschluss am Kapitalmarkt und an den gewinnbezogenen Informationsinteressen der Kapitalanleger. Das bilanzwissenschaftliche Schrifttum in Deutschland hat sich bereits intensiv darum bemüht, die grundkonzeptionellen Unterschiede zwischen US-amerikanischer und deutscher Konzernrechnungslegung in ihren Einzelheiten herauszuarbeiten; das brauche ich vor diesem Kreis nicht zu repetieren. Daher nur dies: Diese Unterschiede wurzeln nicht bloss in voneinander abweichenden Philosophie der Konzernrechnungslegung, sondern (für den Juristen massgeblich) unterschiedlichen Regelungszwecken und -zielen”.²⁵

4.2.3.1 *Koncernbegreber "The IFRS Way"*

Til grund for IASB-standardernes koncernbegreber, hvad enten der er tale om IAS 27 (2008)-standarden eller IFRS 10-standarden, ligger årtiers analyse af og videreudvikling af de oprindelige økonomiske og juridiske koncernanskuelser (se nærmere i kapitel 2 og 5).

Det er i dette lys, at væsentlige landvindinger i forbindelse med den angelsaksiske regnskabsrets udvikling af regnskabsteorier for virksomhedsgrupper skal ses, herunder især formuleringen af to forskellige tilgange: Den angelsaksiske tilgang til enhedsteorien ("the economic entity model") og moder-/datterteorien ("the parent company model").

Begge de nævnte teorier har en egen indbygget filosofi for så vidt angår karakteren af og formålet med regnskaber omhandlende virksomhedsgrupper.²⁶

Efter enhedsteorien udgør virksomhedsgruppens enkelte virksomheder en enhed, der er adskilt fra sine ejere. Fokus er derfor på kontrol af en gruppe bestående af juridisk selvstændige enheder, der ledes og opererer som en enhed. Aktiver, der opgøres fælles, tilhører den fælles enhed, og det afkast, der følger af investeringen i sådanne aktiver, betragtes som tilhørende enheden snarere end som tilhørende den enkelte virksomheds ejere. Formålet med det fælles regnskab er i konsekvens heraf at forsyne alle ejere, uanset deres tilhørsforhold til de enkelte virksomheder, med oplysninger.

Moder-/datterteorien har sit udspring en filosofi om, at en koncernmoders ejerkreds har en ejerinteresse i den konsoliderede gruppes nettoaktiver. Formålet med

²⁵ Aktuelle Entwicklungen in Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung, side 113 ff.

²⁶ Se også Richard G. Schroeder m.fl. i Financial Accounting Theory and Analysis, 10. udgave, side 526 ff.

konsoliderede regnskaber er i denne situation at forsyne primært koncernmoderens ejerkreds med oplysninger.

I samtiden praktiseres ingen af modellerne i rendyrket form, idet såvel FASB-standarderne som IASB-standarderne indeholder elementer fra begge teorier.²⁷

Når det gælder forskellige versioner af IAS 27-standarderne (se nærmere herom i det følgende afsnit) har det imidlertid ikke altid forholdt sig sådan. Således beskriver John Flower i 2002,²⁸ hvorledes IAS 27 benytter sig af moder-/dattermodellen.

Først med ændringerne i 2003 og især 2008, samt med SIC 12-fortolkningen, fulgte en øget fokusering på de facto-kontrol og dermed netop en øget fokusering på det moment, der omhandler virksomhedsgruppens ledelse og drift som en enhed.

Flower beskrev således også i allerede nævnte værk, hvorledes der netop er væsentlige lighedspunkter mellem en virksomhedsgruppe efter enhedsteorien og den virksomhedsgruppe, der efter moder-/datterteorien opstår med baggrund i de facto-kontrol kriterier, der indgår som en del af moder-/dattermodellens kontrolmodel.

Det bemærkes i denne sammenhæng for god ordens skyld, at betydningen af eksistensen af to forskellige modeller for afgrænsningen af virksomhedsgruppen for regnskabsaflæggelsen rækker længere end blot til at definere virksomhedsgruppen; de beskrevne principper afspejles tillige i de principper for udarbejdelse af de respektive individuelle regnskaber, som skal gælde, herunder ikke mindst i forhold til den regnskabsmæssige behandling af minoritetsinteresser i virksomhedsgruppen.²⁹

4.2.4 Modeller for afgrænsning af forskellige regnskabsmæssige virksomhedsgrupper

I forlængelse af ovenstående sontring har der inden for såvel IASB- som FASB-regimerne historisk set været anlagt (og til dels omtvistet) tre forskellige anskuelser for så vidt angår de modeller, der ligger til grund for afgrænsningen af den gruppe af virksomheder, som skal indgå i virksomhedsgruppens konsoliderede regnskaber: kontrolmodellen, fælles kontrol-modellen og ”risk-/reward”-modellen.

²⁷ Således beskriver Floyd A. Beams i *Advanced Accounting*, 10. udgave 2009, side 399 ff, disse hybrider af modeller som ”contemporary theory”.

²⁸ *Global Financial Reporting*, 2002, side 514 ff.

²⁹ For uddybning heraf henvises til førnævnte Floyd A. Beams m.fl. i *Advanced Accounting*, 10. udgave, side 400 ff.

4.2.4.1 *Kontrolmodellen*

Kontrolmodellen har været den mest udbredte model, sådan som den kommer til udtryk i moder-/dattermodellen beskrevet i det foregående afsnit. I IAS 27 (2008) anvendtes som grundprincip også denne model, men med SIC 12.10.c og d blev IAS 27 (2008) suppleret med elementer fra ”risk-/reward”-modellen, jf. nedenfor.³⁰

Kontrol-modellen analyseres indgående i denne afhandlings afsnit 4.3.5, hvortil henvises.

4.2.4.2 *Fælles kontrolmodellen*

I IASB-sammenhæng ligger fælles kontrol-modellen til grund for den ovenfor beskrevne ”Economic Entity Model”.

Fælles kontrolmodellen er væsentligt mindre udbredt end kontrolmodellen, om end den anvendes i en række europæiske lande.³¹

Hvor modellen anvendes, beror det ofte på ønsket om, at én – eller flere – fysisk(e) person(er), som kontrollerer en flerhed af virksomheder, skal udarbejde og fremlægge regnskab for virksomhederne som en økonomisk enhed, og fælles kontrol-modellen antager i sådanne situationer karakter af en ”erstatning” for kontrolmodellen.

Men også anvendelsen af fælles kontrolmodellen i tilfælde, hvor to juridisk uafhængige virksomheder har fælles ledelse, og hvor aktiver anvendes på en integreret måde, hvorved opnås synergieffekter, ses anført som argument for en regnskabsaflæggelse, der til gavn for kreditorer og investorer udarbejdes med baggrund i et regnskabsmæssigt syn på virksomhederne som var de én økonomisk enhed.

4.2.4.3 *”Risk-/reward”-modellen*

”Risk/reward”-modellen indebærer, at to enheder inkluderes i samme regnskabsmæssige enhed, når den ene virksomheds aktiviteter påvirker den anden virksomheds samlede situation ud fra synspunktet om, at den anden virksomhed har en interesse af residual karakter – altså at den første virksomheds succes eller mangel på samme har en direkte afsmitning både i forhold til afkast og risici for den anden virksomhed.

³⁰ Med IFRS 10 er der sket en tilbagevenden til et næsten ”rent” kontrolmodel princip. Nærmere herom i afsnit 4.4.6.

³¹ Blandt andet indeholder regnskabsdirektivet (2013) såvel som koncernregnskabsdirektivet en valgfri mulighed for medlemslandenes implementering af regler herom. Danmark har ikke implementeret krav om konsoliderede regnskaber i ”horisontale” koncerner.

At der er tale om en interesse af residualkarakter indebærer, at i praksis enhver aktivitet, der rummes i en virksomhed, som der samarbejdes med, muligt kan påvirke virksomheden og dens indehavere, hvorfor der i forbindelse med anvendelsen af en sådan "risk-/reward"-model må opstilles relevante faktorer til sontring mellem forskellige typer af interesser.

"Risk-/reward"-modellen har lighedspunkter med kontrolmodellen, fordi kontrolmodellen indeholder et "benefit"/"variable return" (fordele/variabelt afkast) element. Når det i henhold til en regnskabsstandard er vanskeligt at afgøre, hvorvidt magten ("power") over en virksomhed er til stede, inddrages fordele ("benefits"/"variable returns") som væsentligt element i afgørelsen heraf.

"Risk-/reward"-modellen har i forhold til kontrolmodellen på den ene side en bredere anvendelsesmulighed, fordi den ikke hviler på et eksplicit (men måske nok implicit) krav om et magtelement ("power"), men på den anden side også smallere, fordi den jf. ovenstående vil være afhængig af kvalitative og kvantitative momenter i forbindelse med afgrænsningen af relevante faktorer i forbindelse med sontringen mellem forskellige interesser.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at IASB i regnskaber med start efter 1. januar 2014 anvender fælles kontrolprincippet ("joint control") i den "pakke" af nye regnskabsstandarder – herunder især IFRS 11, som regulerer "fælles ordninger" ("joint arrangements").

Sammenfattende kan det hermed i IASB-sammenhæng konstateres, at konsoliderede regnskaber (koncernregnskaber) grundlæggende bygger på kontrolmodellen, idet "risk-/reward"-elementer dog med SIC 12 blev en del af IAS 27 (2008) kontrol-modellen.

I IFRS 10-sammenhæng er "risk-/reward"-modellen ikke en direkte kontrol-indikation, idet "risk/reward"-elementer alene kan indgå som et element i den vurdering, der skal ligge til grund for afgørelsen af, om der foreligger kontrol.³²

Konstateres kan det imidlertid, at fælles kontrolmodellen fortsat har en fremtrædende plads i IASB's regnskabsstandarder – men altså ikke som grundlag for udarbejdelsen af konsoliderede regnskaber.

³² IASB Staff Paper 10A, July 2009, The Control Model, punkt 22.

4.3 IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb

4.3.1 Anvendelsesområde og kilder

I IFRS-sammenhæng skal kun vertikale koncerner efter moder-/dattermodellen udarbejde konsoliderede regnskaber, jf. også netop ovenstående.³³

Horisontale koncerner benævnes som ”fælles arrangementer” og behandles som allerede anført efter nuværende regler regnskabsmæssigt efter den ”pakke” af standarder, som blandt andet omfatter IFRS 11 (fælles ordninger), IFRS 12 (oplysninger om kapitalandele i andre virksomheder), IAS 27 (2011) (om separate regnskaber) og IAS 28 (investeringer i associerede virksomheder og joint ventures). (I modsætning hertil f.eks. EU regnskabsdirektiverne, som giver mulighed for implementering af krav om konsoliderede regnskaber også i horisontale koncerner. Nærmere herom i afsnit 5.2.2).

Den første IAS 27 standard omhandlende konsoliderede regnskaber blev offentliggjort i 1989 og blev ændret i 2003. Den seneste IAS 27 (2008) omhandlende konsoliderede regnskaber blev offentliggjort i 2008 og trådte i kraft pr. 1. juli 2009.

Frem til og med IAS 27 (2003) indeholdtes i standarden alene bestemmelsen om udarbejdelse af konsoliderede regnskaber for virksomhedsgrupper af moder-/dattervirksomhedstypen (”parent company model” - vertikale koncerner).

Med IAS 27 (2008) blev tillige i standarden indføjet bestemmelser om den regnskabsmæssige behandling i koncernmoders individuelle regnskab af kapitalandele i koncerndøtre, associerede virksomheder og joint-ventures.

I forhold til denne afhandlings emne må også det såkaldte SIC 12-fortolkningsbidrag inddrages. Første version af fortolkningsbidraget blev udsendt i 1998, og en række ændringer hertil fremkom helt frem til 2009.

Om IASB-fortolkningsbidrags placering i IFRS ”hierarkiet” anføres i ”Preface to International Financial Reporting Standards” i punkt 15 som følger:

”Interpretations of IFRSs are prepared by the IFRIC to give authoritative guidance on issues that are likely to receive divergent or unacceptable treatment, in the absence of such guidance”.

³³ Se Nobes og Parker i Comparative International Accounting, 11. udgave, side 395 ff, hvor de er kritiske i forhold hertil, idet de ser svagheder i forhold til, at alene nuværende og mulige investorers behov herved er i fokus på bekostning af minoritetsejeres interesser, ligesom de argumenterer for konsoliderede regnskaber i visse fælles ledede virksomhedsgrupper.

I overensstemmelse hermed anføres i IAS 1-standarden:

”International Financial Reporting Standards (IFRSs) are standards and Interpretations adopted by the International Accounting Standards Board (IASB)”.

Fortolkningsbidraget omhandler de situationer, hvor en såkaldt SPE-virksomhed (”special purpose entity”) – uden at opfylde de såkaldte ”bright-line”-forudsætninger i IAS 27 (2008) – alligevel anses for kontrolleret og dermed en del af den virksomhedsgruppe (”group”) – eller i dansk terminologi ”koncern”, som skal indgå i det konsoliderede regnskab.

Fortolkningen bidrager på denne måde til en væsentlig udvidelse af den forståelse af de facto kontrol-begrebet, som IAS 27 (2008) og senere standarder indeholder.

Endelig må også inddrages IASB Update, October 2005,³⁴ der indeholder organisationens udtalelse (”statement”) omhandlende organisationens synspunkter vedrørende forståelsen af de facto-kontrol i tilknytning til IAS 27 (2008).

I forhold til at fastlægge IASB-organisationens autoritative forståelse af koncernbegrebet i IAS 27 (2008)-regimet udgøres den relevante tekst altså af en treenighed af selve standarden IAS 27 (2008), udtalelsen herom i IASB Update, October 2005, og af SIC-12 fortolkningsbidraget.

I forhold til spørgsmålet om afgrænsning af den kreds, som indgår i virksomhedsgruppen, efter dansk sprogbrug koncernen, og som skal indgå i de konsoliderede regnskaber, er især – foruden netop nævnte fortolkning SIC 12 - standardens afsnit ”scope” (anvendelsesområde – for standarden), ”definitions” og ”scope of consolidated financial statements” (anvendelsesområdet for konsoliderede regnskaber) af betydning.

Ud over de i selve standarden definerede begreber tjener i øvrigt det generelle ”conceptual framework” og en række andre standarders definitioner af fælles begreber til fortolkning af IAS 27 (2008).

Da IAS 27 (2008)-standard – og de tidligere versioner af standarden – er anvendt obligatorisk for børsnoterede koncerner siden 2005, findes en righoldig praksis såvel på nationalt som internationalt plan.

³⁴ IASB Update er at sammenligne med et ”nyhedsbrev”, som løbende udkommer. IASB organisationen anfører om dette ”nyhedsbrev” som kilde: ”All decisions reported in IASB Update are tentative unless otherwise indicated”.

I denne del af afhandlingen henvises i hovedsagen til europæisk praksis offentliggjort af ESMA, medens såvel ESMA-praksis som anden praksis indgår i den specifikke behandling i afhandlingens kapitel 6 af den nationale regnskabsrets koncernbegreber.

EU-institutionen ESMA, The European Securities and Markets Authority, blev etableret 1. januar 2011 ved forordning 1095/2010 og afløste CESR (Committee of European Securities Regulators).

ESMA har som hovedsigte at være en europæisk ”vagthund” i forhold til EU’s finansmarkeder. Blandt ESMA’s mangeartede opgaver er IFRS Enforcement-relaterede problemstillinger. Overholdelse af EU IFRS-standarderne er overordnet et nationalt anliggende, men i EECS, et ESMA-forum, analyseres og koordineres nationale myndigheders håndhævelse af IFRS-standarderne med henblik på især at sikre konvergens mellem nationalstaternes håndhævelse af IFRS-standarderne.

EECS har etableret en database, hvori løbende registreres ekstrakter af nationale afgørelser vedrørende regnskabsaflæggelser i børsnoterede selskaber. Udvalgte afgørelser herfra offentliggør ESMA løbende i de såkaldte ”Extracts from the EECS’s Database of Enforcement”.

Nævnes bør også ESMA’s rolle som væsentligt bindeled til IASB-organisationen, når det handler om fortolkninger og udvikling af standarder.³⁵

Legio er også de bidrag, som økonomi- og retsvidenskaberne (og herunder især angelsaksiske videnskabsfolk) har ydet til forståelsen af koncernbegrebet i IAS 27 (2008).

Endelig bemærkes i øvrigt, at de større internationale revisionsvirksomheder alle i utallige publikationer og vejledninger har udgivet deres bidrag til forståelsen af ikke mindst IAS 27 (2008)-standarden.

4.3.2 Koncernen – ”the Group”

I IAS 27 (2008)-sammenhæng udgøres koncernen af én (og kun én) koncernmoder plus dennes koncerndøtre. Sådan følger det eksplicit af IAS 27.4 (2008).

I EECS/0112-02 fra 2011³⁶ mente 2 søsterselskaber A og B begge at kontrollere samme 11 selskaber uden at eje mere end 50 % af stemmerettighederne.

³⁵ Se eventuelt nærmere om ESMA’s arbejde i tilknytning til IFRS Enforcement i ”Report – Activities of the IFRS Enforcers in Europe in 2013”, maj 2014, ESMA dokument ESMA/2014/551.

³⁶ Som offentliggjort i ESMA Report 12th Extract from the EECS’s Database of Enforcement, side 4.

Både A og B mente, at de med rette kunne konsolidere disse 11 selskaber ud fra følgende argumenter:

Der eksisterede ingen potentielle stemmerettigheder, og kontrol beroede alene på A og B's faktiske stemmerettigheder.

IAS 27.13.a kunne ikke anvendes, da ingen af parterne havde stemmerettigheder på baggrund af aftale med andre investorer.

IAS 27.13.b kunne ikke anvendes, da hverken A eller B havde magt til at styre driftsmæssige og finansielle politikker i kraft af vedtægt eller aftale.

IAS 27.13.c kunne ikke anvendes, da begge selskaber A og B kunne indsætte eller fjerne flertallet af bestyrelsesmedlemmer, idet flertallet af bestyrelsesmedlemmer var direktører i et ultimativt moderselskab og samtidig direktører i A og B.

IAS 27.13.d. kunne anvendes, idet der forelå et særligt sammenfald af bestyrelsesmedlemmer og direktører i et ultimativt moderselskab, i selskaberne A og B og i de 11 selskaber.

Begge selskaber blev henvist til at revurdere de forudsætninger, som de havde lagt til grund for deres vurdering af, at der skulle foreligge kontrol. Måtte det herefter vise sig, at der ikke for eet selskab kunne påvises at foreligge kontrol, måtte konsolidering undlades, og selskaberne måtte i stedet vurdere, hvorvidt andre regnskabsmæssige retningslinjer skulle bringes i anvendelse.

Anderledes i forhold til dansk ret defineres koncernen i IAS 27 (2008) ikke med udgangspunkt i koncernmoderen, men i stedet med udgangspunkt i koncerndatteren. Det relevante spørgsmål er i IAS 27 (2008) med andre ord ikke, om koncernmoderen kontrollerer, men i stedet om koncerndatteren kontrolleres.

4.3.3 Koncernmoderen – "the Parent"

Koncernmoderen defineres som en enhed ("entity"), der har én eller flere koncerndøtre.

"Entity" er ikke defineret i IAS 27 (2008)-standarden eller i nogen anden IFRS-sammenhæng. IFRS organisationens "Conceptual Framework" definerer imidlertid "reporting entity" som "an entity for which there are users who rely on the financial statements as their major source of financial information about the entity". "Entity" forbindes som følge heraf nok sædvanligvis – men altså ikke nødvendigvis - med en juridisk person med egen retsevne og med beslutningskompetence beroende hos enhedens egen ledelse.

Hermed udtrykkes et for såvel IASB's som FASB's regnskabsstandarder grundlæggende princip om, at en regnskabsaflæggende enhed ikke alene skal kunne udgøres af en forretningsmæssig aktivitet, der er struktureret som en separat juridisk enhed, men at en regnskabsudarbejdende enhed i bredere forstand skal beskrives som et "omskrevet" område for en forretningsmæssig aktivitet ("ring-fenced assets"), der er interessant for nuværende og kommende investorer og kreditorer.³⁷ (Se også afsnit 4.3.5.9 vedrørende de såkaldte "siloeer").

Koncernmoder kan altså være – men behøver ikke at være – et kapitalselskab.³⁸

4.3.4 Koncerndatteren – "the Subsidiary"

Koncerndatteren defineres som en enhed, der kontrolleres af en anden enhed – dvs. koncernmoderen.

På tilsvarende måde som koncernmoderen kan koncerndatter altså være et kapitalselskab, men behøver ikke at være det.³⁹

4.3.5 Kontrol

Som allerede berørt anskues koncerndatter i IFRS-standarderne som en form for transparent enhed, og hvis aktiver indirekte ses som aktiver, der i lighed med andre af koncernens aktiver udgør en ressource for den koncernmoder, der med henblik på opnåelse af økonomisk afkast eller andre fordele kontrollerer det.

Forvaltningsmæssige beføjelser eller anden form for magt udmøntet i kontrol ses i denne sammenhæng ikke som målet, men snarere som midlet til at opnå økonomisk afkast eller andre fordele.

Når en sådan kontrol - med netop det formål at skaffe sig økonomisk afkast eller andre fordele – foreligger (og uanset grundlaget, hvorpå den hviler), er kredsen af virksomheder, der skal indgå i den regnskabsmæssige enhed, for hvilken der skal udarbejdes konsoliderede regnskaber, afgrænset, hvilket som tidligere nævnt er formålet med en regnskabsretlig koncerndefinition.

Kontrol – og den blotte mulighed for udøvelsen af kontrol⁴⁰ - er dermed i IFRS-sammenhæng, og som afhandlingens senere afsnit påviser også i en lang række andre koncerndefinitioner uden for IFRS-sammenhæng, den enkeltstående faktor, som har størst betydning for koncerndefinitioner.

³⁷ Se nærmere herom i IASB's Information for Observers, World Standard Setters Meeting, September 2007, London, punkt 8.

³⁸ Se også IFRS Preface, afsnit 9.

³⁹ Om vanskelighederne ved i praksis at afgøre eksistensen af eventuel koncernrelation, når den mulige koncerndatter ikke er et kapitalselskab, henvises til den af ESMA offentliggjorte afgørelse EECS/1208-02.

⁴⁰ Se herom også Jan Fedders i IAS 27. Koncernregnskaber, RR.2001.12.0044.

Set i det bredere perspektiv, herunder også tidsmæssigt, har ”kontrol” imidlertid langt fra altid i IAS 27 sammenhæng været hverken nogen eksakt eller uforanderlig faktor, hvilket har resulteret i væsentlige forskelle i standardens udmøntning og anvendelse, og hvilket ultimativt har været baggrunden for standardens udfasning med introduktionen af de nugældende IFRS 10-standard.

Et udslag heraf er den forskelligartede praksis, som i forhold til den tidlige IAS 27-standard viste sig at have udfoldet sig for så vidt den situation, hvor ejerskab til mindre end halvdelen af stemmerettigheder alligevel medførte kontrol over én eller flere koncerndøtre (på daværende tidspunkt og senere betegnet som ”de facto”-kontrol, idet dog ”de facto”-kontrol senere også blev udvidet til at omfatte andre former for kontrol med udgangspunkt i andet end stemmerettigheder. Se f.eks. nærmere herom i afsnit 4.3.5.9).

Af samme årsag anså IASB det i oktober 2005 for fornødent at udarbejde et ”statement”⁴¹ som følger:

”IAS 27 contemplates that there are circumstances in which one entity can control another entity without owning more than half of the voting power.

During its deliberations on its control project, the Board confirmed its view that an entity holding a minority interest can control another entity in the absences of any formal arrangements that would give it a majority of the voting rights. For example, control is achievable if the balance of holdings is dispersed and the other shareholders have not organised their interests in such a way that they exercise more votes than the minority holder. This is sometimes referred to as ”de facto control”.

During those deliberations, the Board has made it clear that, in its view, the control concept in IAS 27 includes de facto control.....”

Bemærkelsesværdigt er det imidlertid, at en så væsentlig præcisering aldrig udtrykkeligt kom til at indgå i selve standardens tekst, men altså alene måtte tillægges virkning i kraft af en meddelelse af ”nyhedsbrevskarakter” fra IASB.

Et andet væsentligt eksempel er den allerede nævnte SIC 12-fortolkning, som med baggrund i omgængelsesbetragtninger blev skabt med henblik på at udvide kontrolbegrebet til at omfatte særlige forhold i de såkaldte SPE-virksomheder (”special purpose entities”). SIC 12 behandles indgående i de efterfølgende afsnit.

⁴¹ IASB Update October 2005.

IAS 27 (2008)-standardens (inklusive SIC 12-fortolkningen) afgrænsning af kontrolbegrebet handler om såvel juridisk som økonomisk kontrol og er dermed relativt bred.⁴²

IAS 27 (2008) indeholder en række de jure kontrolkriterier og i mindre grad også en række kontrolkriterier af de facto-kontrol karakter. Kontrolbegrebets de facto karakter fremgår imidlertid allerklarest af allerede nævnte IASB Update fra oktober 2005 og af SIC 12-fortolkningen, hvorefter en virksomhed kan have karakter af koncerndatter uanset ejerandel – ja endog med en koncernmoders ejerandel på 0.

Såvel selve IAS 27 (2008)-standarden som fortolkningsbidraget SIC 12 indeholder ”bright-lines” forstået som præcise og målbare kriterier. Efter IAS 27.13 (2008) er udgangspunktet i henhold til ordlyden, at de angivne ”bright-lines” udtømmende indeholder kontrolkriterier i forhold til standardens kontrolbegreb.

Anderledes forholder det sig i SIC 12, hvor kontrolbegrebet bredes ud i forhold til, at der skal ske en vurdering af substansen i relationen (”substance of the relationship”) mellem koncernmoderen og SPE-koncerndatteren.

I forhold til SIC 12.10 har de nævnte kriterier karakter af eksempler: ”In addition to the situations described in IAS 27.13, the following circumstances, for example, may indicate a relationship in which an entity controls an SPE....”, og skal således ikke ses som udtømmende, idet det som netop nævnt er afgørende, at der lægges vægt på relationens substans snarere end form.

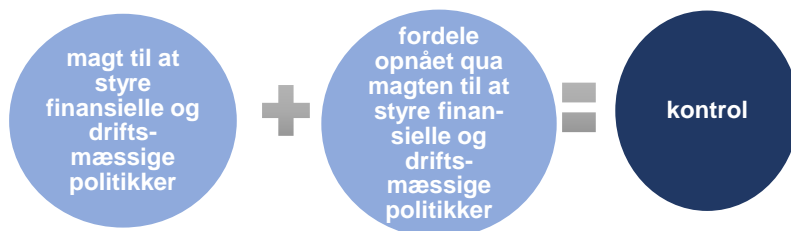
4.3.5.1 ”Kontrolligningen”

I IAS 27.4 (2008) defineres kontrol som magten til at styre en enheds finansielle og driftsmæssige politikker med henblik på at opnå fordele med baggrund i enhedens aktiviteter (”Control is the power to govern the financial and operating policies of an entity so as to obtain benefits from its activities”).

Kernen i IAS 27 (2008) og SIC-12 kontrolmodellen kan dermed illustreres ved følgende ”kontrolligning”:

⁴² Se herom også Jan Fedders og Henrik Steffensen i 3.-udgaven af Årsrapport efter internationale regnskabsstandarde – fra dansk praksis til IFRS, side 504 ff.

Figur 4.1: "Kontrolligningen" i IAS 27 (2008)



Der er med andre ord tale om, at evnen og muligheden for "at styre" driftsmæssige og økonomiske politikker skal være til stede, samtidig med at de økonomiske resultater af denne "styring" (altså fordele og risici) skal opstå, for at der består kontrol i IAS 27 (2008)-forstand.

Eksempel:

Et kommanditselskab har tre partnere: A er komplementar med ledelsesansvar og modtager et honorar, som er sammenligneligt med det honorar, som kunne opnås for tilsvarende indsats i forhold til tredjemand. B og C er kommanditister uden ledelsesansvar og deler overskuddet med 50 % til hver. A kan ikke fjernes af B og C.

A kan styre de driftsmæssige og finansielle politikker i virksomheden. Men A får ikke del i overskuddet fra virksomhedens aktiviteter, og A kontrollerer derfor ikke virksomheden i IAS 27 (2008)-forstand.

Forinden påbegyndelsen af analysen af, under hvilke omstændigheder en sådan kontrol består, rejser sig følgende spørgsmål:

- skal kontrollen udøves – eller er passiv kontrol tilstrækkelig?
- hvori består sådanne finansielle og driftsmæssige politikker i koncerndatteren, som i henhold til standarden skal være genstand for en koncerndatters styring?
- hvori kan sådanne fordele bestå, som skal være resultatet af en koncerndatters styring af finansielle og driftsmæssige politikker i koncerndatteren?

4.3.5.2 *Passiv kontrol eller udøvelse af kontrol?*

Under IAS 27 (2008) er der ikke noget krav om den faktiske udøvelse af kontrol. Eksistensen af ”magten til at styre” er tilstrækkeligt for kontrolindikation.⁴³

Dette faktum skal ses på den ganske pragmatiske baggrund, at en passiv indehaver af kontrol måske nok tillader en anden part at udøve ”magten til at styre”, så længe den passive indehaver af kontrol billiger den anden parts dispositioner, men at den passive indehaver af kontrol på et tidspunkt efter eget valg vil være i stand til at sætte sig igennem og udnytte sin magt til at styre virksomhedens driftsmæssige og finansielle forhold.

I EECS/0407-02 fra 2005⁴⁴ blev ovenstående illustreret ved en sag, hvor et selskab C havde en bestyrelse bestående af 7 medlemmer. Selskab A valgte de 4 medlemmer, og selskab B valgte de sidste 3. Blandt de af selskab A valgte medlemmer deltog eet medlem kun sjældent i bestyrelsesmøderne, hvor beslutninger normalt blev taget med simpelt flertal blandt de fremmødte bestyrelsesmedlemmer.

Det blev i afgørelsen lagt til grund, at A kontrollerede C med baggrund i bestemmelsen i IAS 27.13.d., uanset om magten blev udøvet eller ej og under henvisning til, at A ville kunne bruge sin magt og derigennem udøve kontrol, hvis han måtte beslutte sig for at gøre det.

En følge af dette princip er risikoen for, at kontrolforholdene i konkrete situationer kan vise være anderledes, end hvad følger af en umiddelbar vurdering af situationen, og at kontrol først vil materialisere sig efter professionelle og grundige analyser af et større underliggende materiale.

4.3.5.3 *Finansielle og driftsmæssige politikker*

Ikke alle kategorier af politikker er relevante i forhold til at vurdere tilstedeværelsen af magt over politikker. Den eksplicitte fremhævelse af ”finansielle og driftsmæssige politikker” nødvendiggør en afgrænsning af den gruppe, der ”tæller med” i opregningen af politikker over for den gruppe, der i denne sammenhæng må anses for irrelevante.

⁴³ Se også Jan Fedders og Henrik Steffensen i Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder – fra dansk praksis til IFRS, 3. udgave, side 504, hvorefter IAS 27 (2008)-standardens lægger vægt på ”den blotte mulighed for at udøve kontrollen” samt Jan Fedders i IAS 27. Koncernregnskaber, RR 2001.12.0044: ”Kontrol defineres således som muligheden for at styre en anden virksomhed finansielt og operationelt med henblik på at opnå økonomiske fordele herfra”.

⁴⁴ Som offentliggjort i CESR Extract from EEC’s database of enforcement decisions, April 2007, side 4.

I IAS 27 (2008) er der kun beskeden vejledning at hente om forståelsen af ”finansielle og driftsmæssige politikker”.⁴⁵

Standardens anvendelse af formuleringen ”policies” understreger det forhold, at ”styringen” af finansielle og driftsmæssige spørgsmål ikke begrænses til løbende dagligdags beslutninger, men også må antages at skulle omfatte den for en ejer almindelige kompetence i forhold til også på øverste niveau at træffe beslutninger om virksomhedens finansielle og driftsmæssige forhold.

Det bemærkes hertil om ordet ”politikker”, at der i dansk retlig sammenhæng ses anvendt begrebet ”beslutninger”. I erhvervslivet ses i koncernsammenhæng oftere begrebet ”retningslinjer” eller ”politikker” anvendt om de procedurer, der ligger til grund for en koncernmoders styring af/instrukser til koncerndatter, jf. også afsnit 6.2.3.4.

Med inspiration fra de amerikanske US-GAAP standarder har der imidlertid også i IAS 27 (2008) sammenhæng udviklet sig en praksis, hvorefter en skelnen mellem to hovedgrupper af politikker er sket, og hvorved ”finansielle og driftsmæssige politikker” dermed har kunnet afgrænses over for andre – i denne sammenhæng irrelevante – politikker/beslutninger.

De to hovedgrupper ses som politikker i tilknytning til henholdsvis ”beskyttende” rettigheder (”protective rights”), og den anden hovedgruppe som politikker i tilknytning til ”deltager”-rettigheder (”participative rights”).⁴⁶

Rettigheder af beskyttende karakter har i denne sammenhæng været set som temaer i tilknytning til spørgsmål, der ikke har haft betydning for muligheden for at kontrollere drift eller almindelig anvendelse af aktiver i koncerndatteren, men som snarere har været beskyttende i forhold til udøverens mere snævre investorinteresse.

Eksempler på sådanne beskyttende politikker kunne være ændringer i koncerndatterens vedtægter, prissætning på transaktioner mellem koncernmoder og koncerndatter, beslutning om koncerndatterens likvidation eller konkurs, restriktioner for så vidt angår større anskaffelser eller salg af aktiver, der ligger uden for virksomhedens almindelig drift, og beslutning om blokering for udlodning af ekstraordinært udbytte.

⁴⁵ Et faktum, som IFRS har taget konsekvensen af ved udformningen af IFRS 10-standard, hvor ”relevante aktiviteter” i koncerndatteren har afløst ”finansielle og driftsmæssige politikker”, og hvor der er i standarden er givet en vejledning til forståelsen heraf. Se nærmere i afsnit 4.4.7.3

⁴⁶ Det bemærkes i denne sammenhæng, at IAS 27 (2008) hermed ”foregreb” den centrale placering, som eksplicitte rettigheder, ”rights”, har opnået i den senere IFRS 10-standard i forbindelse med denne standards forståelse af begrebet ”power”, uden at IAS 27 (2008) i øvrigt selv eksplicit baserer sig på ”rettigheder”, og idet det i øvrigt bemærkes, at de rettigheder, som er blevet indfortolket i forbindelse med anvendelsen af IAS 27 (2008) rettighedsbegrebet ikke fuldt ud er af samme karakter, som de ”rettigheder”, der er tale om i IFRS 10. Se nærmere herom i afsnit 4.4.7.4.

Den anden gruppe af politikker – og altså dem der står tilbage som relevante for ”finansielle og driftsmæssige politikker” - har været set som magt i tilknytning til spørgsmål med direkte betydning for daglig drift eller disponering over aktiver i koncerndatter – deltagerrettigheder (”participative rights”). ”Deltagende” ses i denne sammenhæng i forhold til deltagelse i den løbende drift af virksomheden. Denne sidste gruppe af beslutningstemaer har i praksis kun kunnet afdækkes ved en samlet vurdering af konkrete forhold.

Til denne kategori henregnes sådanne rettigheder, hvor koncernmoder kan tage initiativ til, godkende og eventuelt nedlægge veto i forhold til væsentlige beslutninger, der tages i forbindelse med virksomhedens drift.

Som eksempler på sådanne deltagerrettigheder kan nævnes:

- Udvælgelse af, afskedigelse af og fastsættelse af honorering for den eller de ledelsesmedlemmer, der er ansvarlige for realiseringen af koncerndatters politikker og forretningsgange.
- Udformning af driftsmæssige og økonomiske beslutninger i koncerndatter inklusive budgetter og forretningsplaner.
- Beslutninger vedrørende anskaffelse og afvikling af aktiver.
- Beslutninger om finansierings- og likviditetsmæssige forhold i forbindelse med den løbende drift.
- Blokering af beslutninger om udbetaling af sædvanlige eller planlagte udlodninger fra koncerndatter.

Almindeligt forekommende politikker vedrørende salg, marketing, produktion, personaleforhold og køb og salg af aktiver ses på denne måde at udgøre driftsmæssige beslutninger inden for gruppen af ”participative rights”, medens politikker vedrørende ordinært udbytte, godkendelse af budgetter, betalingsvilkår, cash management og regnskabspolitikker ses som finansielle beslutninger ligeledes inden for gruppen af ”participative rights”.

I forhold til disse såkaldte deltagerrettigheder ses imidlertid ikke blot på karakteren af disse politikker, der styres; de enkelte deltagerrettigheder skal i forbindelse med kontrolvurderingen tillige vægtes og vurderes i forhold til deres indbyrdes væsentlighed.

Fra praksis ses en række eksempler på, hvorledes fordeling af magten over en række finansielle og driftsmæssige politikker i kraft af aftaler mellem medlemmer af ejerkredsen kan ”demontere” en i øvrigt ellers signifikant koncernindikation.

Eksempler på sådanne driftsmæssige og finansielle politikker, i forhold til hvilken magten ikke kan ”deles” i kraft af konsensusaftaler, såfremt kontrol skal kunne

opretholdes, ses af afgørelsen i EECS/0910-06 fra 2010: (afgørelsen er tillige omtalt i afsnit 4.3.5.7.3)⁴⁷

I sagen var af selskab A lagt til grund, at A's ret til at udnævne 3 af 4 bestyrelsesmedlemmer medførte A's kontrol over selskabet C, uanset at A og selskab B hver ejede 50 % af af selskabet, og uanset at der i en ejerftale var aftalt krav om enighed vedrørende følgende beslutninger:

Væsentlige ændringer i selskabets aktiviteter, køb eller afhændelse af dele af virksomheden.

Planer og budgetter, der afveg fra forretningsplanen.

Anskaffelser eller omstruktureringer af selskaberne.

Regnskabsprincipper.

Udbetaling af udbytte.

Indgåelse af finansieringsaftaler eller garantiforpligtelser.

Anskaffelse, leje eller afhændelse af aktiver til en værdi af over EURO 33.000.

Etablering af eller ændring af væsentlige aftalevilkår.

Etablering eller ændring af aftaler om eksklusive rettigheder.

Ansættelse, ændring af ansættelsesvilkår eller afskedigelse af nøglemedarbejdere.

Honorering af nærtstående parter.

Indgåelse af særlige aftaler.

Uanset A's argumenter om, at forholdet indebar kontrol efter IAS 27.13.b, blev lagt til grund, at restriktionerne på A's magt over driftsmæssige og finansielle beslutninger var af et omfang, der hindrede kontrol.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at de oplyste finansielle og driftsmæssige politikker, som det fremgår, fordelte sig både på kategorierne "protective" og "participative" rettigheder, jf. ovenstående bemærkninger om denne skelnen.

⁴⁷ Som offentliggjort i CESR 9th Extract from EECS's Database of Enforcement, side 10.

4.3.5.4 *Fordele*

De fordele ("benefits"), der skal være formålet med at styre de driftsmæssige og finansielle politikker, for at kontrol kan foreligge, kan være – men behøver ikke være – forbundet med ejerinteressen i koncerndatteren (f.eks. udbytte eller provenu hidrørende fra virksomhedens aktiver).

Ejheller behøver fordelene at være af en art, der umiddelbart kan opgøres i penge, om end fordelene ultimativt må antages kunne kapitaliseres til at have en økonomisk værdi.

Således vil en f.eks. lang række af fordele, som i erhvervslivet går under betegnelsen "synergi-effekter" – og som jo netop kan være eet af formålene med koncernetablering – udgøre sådanne fordele. Eksempler herpå kunne være omkostningsmæssige stordriftsfordele, good-will knyttet til varemærker, adgang til virksomhedsgruppens kundedatabase og udnyttelse af fælles salgskanaler.

Allerede fordi der ikke efter IAS 27 (2008) er krav om, at koncernmoder skal opnå de fleste (flere end halvdelen) af fordelene, og tillige fordi det forekommer usandsynligt, at "magten til at styre" ikke skulle indebære nogen fordele overhovedet, vil det antageligvis kun sjældent forekomme, at betingelsen om fordele ikke kan opfyldes, når først "magten til at styre driftsmæssige og finansielle politikker" er opfyldt.

Ovenstående udgangspunkt må dog modificeres i visse af de tilfælde, hvor koncerndatter har karakter af at være en SPE (special purpose entity). Se nærmere om SPE-virksomheden i de efterfølgende afsnit.

Én af indikatorerne for eksistensen af en SPE er netop, at koncernmoderen – i hvert fald i udgangspunktet - har haft beslutningsmæssig magt til at kunne tilegne sig over halvdelen af fordelene ved SPE-aktiviteterne og tilsvarende er eksponeret for risici i forbindelse med SPE-enhedens aktiviteter (SIC 12.10.b-c).⁴⁸

Fastlæggelsen af disse grundlæggende byggestene i kontrolligningen udgør kernen i forståelsen af kontrolbegrebet i IAS 27 (2008) og SIC-12. På den baggrund kan nu gennemføres tidligere nævnte "lakmusprøve", der har til formål at afgøre, hvorvidt der skal udarbejdes konsoliderede regnskaber – eller med andre ord om der foreligger en regnskabsmæssig koncern efter IAS 27 (2008)-standarden og/eller SIC 12-fortolkningen.

⁴⁸ Se f.eks. IASB Information for Observers, IFRS meeting May 2006, London, punkt 11.

4.3.5.5 IAS 27 (2008) – tre scenarier for kontrol

IAS 27 (2008)-standarden indeholder efter sin formulering umiddelbart fem kontrolsituationer, hvis grundlag er de jure-kontrol med baggrund i beherskelsen af flertallet af stemmerettigheder.

Hertil kommer i henhold til IASB Update, October 2005, én de facto-kontrolmulighed, der også har sit udgangspunkt i beherskelsen af stemmerettigheder, men hvor beherskelse af mindre end flertallet af de jure-kontrollerede stemmerettigheder kan være tilstrækkeligt, når stemmerettighederne i øvrigt er spredt, når øvrige indehavere af stemmerettigheder ikke har organiseret sig med koordineret stemmeafgivning, og hvor der således bliver tale om et praktisk – men netop ikke et absolut – stemmeflertal.

Overordnet bør skelnes mellem to scenarier for kontrol efter IAS 27 (2008): 1. første scenarium omhandler situationer, hvor koncernmoderen direkte eller indirekte ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne, og hvor formodningen for kontrol ikke på andet grundlag kan afkræftes, 2. andet scenarium omhandler situationer, hvor magten til at styre driftsmæssige og finansielle politikker beror på andre de jure-forhold end ejerskab til flertallet af stemmerettigheder, samt hvor de facto-kontrol foreligger som følge af praktisk – og ikke absolut – stemmeflertal, alt jf. ovenstående bemærkninger i tilknytning til IASB Update, 2005-meddelelsen.

Væsentligt er det imidlertid at notere sig, at den konkrete kontrolvurdering i det praktiske liv ofte ses at indeholde en afvejning af flere af ovenstående momenter, som i varierende omfang kan foreligge på samme tid.

Måtte de netop beskrevne scenarier 1 og 2 ikke foreligge, udestår fortsat efterprøvningen af, om der konkret skulle være tale om en dattervirksomhed af SPE-karakter, hvorefter magten til at styre driftsmæssige og finansielle politikker i givet fald efter omstændighederne kunne bero på kontrol af anden karakter end den, som handler om den organbeherskelse, der følger af IAS 27 (2008)-standardens bright-lines, og hvor kontrol snarere skal ses som graden af eksponering for risici henholdsvis indtægter.

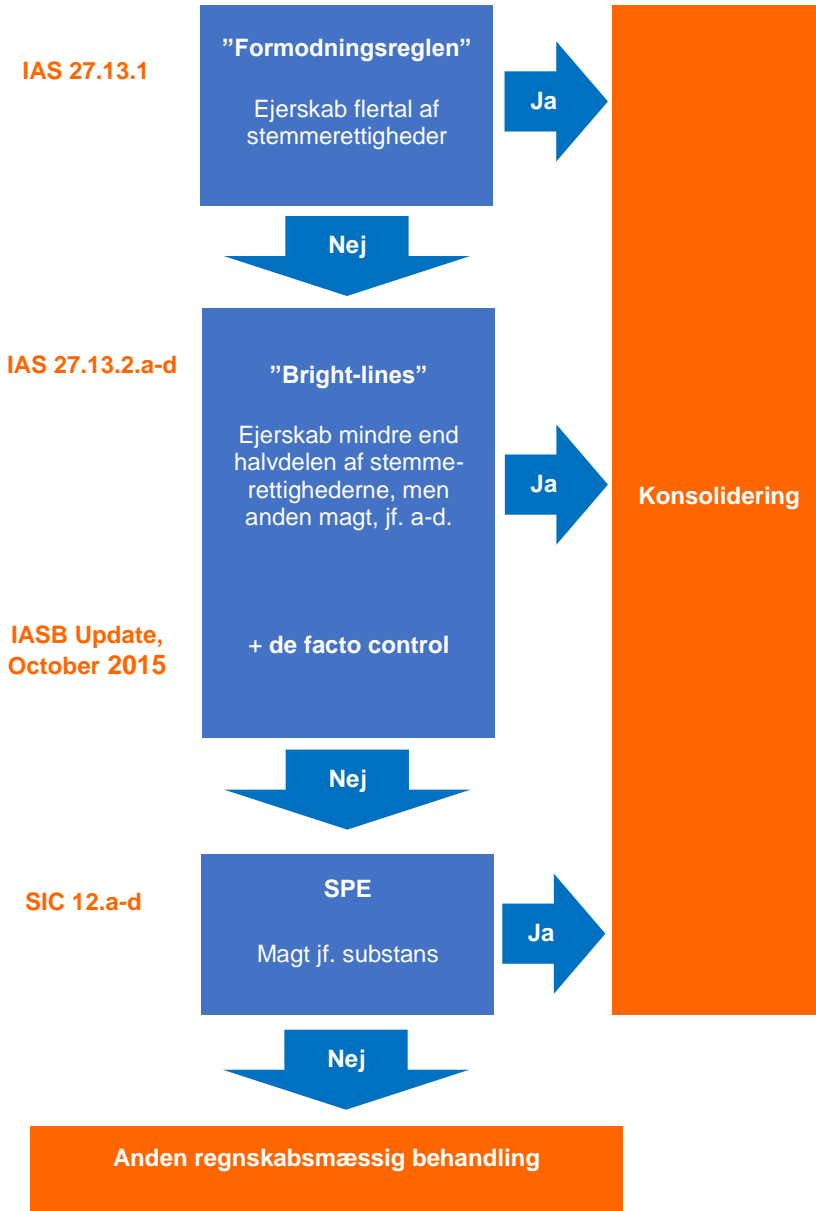
Sammenfattende kan således konstateres, at IAS 27 (2008)-standarden, IASB Update October 2005 og SIC 12 set som en helhed ikke blot skelner mellem tre forskellige scenarier for kontrol, men reelt også indebærer en skelnen mellem to forskellige ”slags” kontrol, nemlig dels den der handler om stemmerettigheder eller beføjelser af forvaltningsmæssig karakter, og dels den der snarere ser kontrol som udmøntet i forhold til graden af eksponering for risici og indtægter (”risk-/reward”-betragtninger).

Fra denne konkretisering af kontrolmodeller i IAS 27 (2008)-standarden med tilhørende SIC 12-fortolkning ses således at gå en direkte linje til, hvad i det

tidligere afsnit ”Modeller for afgrænsning af forskellige regnskabsmæssige virksomhedsgrupper” er anført om analytiske tilgange til afgrænsning af konsolideringskredsen inden for den angelsaksiske regnskabstradition.

Kontrolmodellen, eller snarere kontrolmodellerne, kan sammenfattende illustreres som følger:

Figur 4.2: Kontrolmodellen i IAS 27 (2008), IASB Update, October 2015, og SIC 12



4.3.5.6 *Ejerskab til flertallet af stemmerettigheder, formodningsreglen – IAS 27.13.1 (2008)*

Den hyppigst forekommende kontrolindikator i IAS 27 (2008)-sammenhæng omhandler den situation, hvor en koncernmoder ejer flere end halvdelen af stemmerettighederne i en koncerndatter.

Bestemmelsen indebærer, at den, der på generalforsamling eller i et tilsvarende organ i kraft af ejerskab til mere end halvdelen af stemmerettighederne råder over flertallet af stemmerne, qua sine forvaltningsmæssige beføjelser på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ har magten til at kunne styre alle væsentlige driftsmæssige og finansielle politikker, herunder – men ikke udtømmende – regnskabsgodkendelse, udbetaling eller eventuelt undladelsen af at udbetale ekstraordinære udbytter i selskaber eller i andre virksomhedsformer andre former for overskud, bemyndigelse til bestyrelsen eller til andet øverste ledelsesorgan til at lade selskabet erhverve egne kapitalandele, valg i selskaber af generalforsamlingsvalgte medlemmer af det øverste ledelsesorgan og i andre virksomhedstyper end selskaber af andre medlemmer af den øverste ledelse mv.

Det bemærkes, at den originale og engelsksprogede tekst ikke taler om ”voting rights”, som det afgørende kriterium, jf. den danske sprogbrug ”stemmerettigheder”, men i stedet om ”voting power” i forståelsen de forvaltningsmæssige beføjelser på generalforsamlinger eller i tilsvarende fora, der tilkommer en ejer i kraft ejerandelen, og i forhold til på generalforsamlinger eller i tilsvarende fora at stemme vedrørende i det store og hele alle spørgsmål.

Det er uomtvisteligt, at bestemmelsen i praksis fortolkes som en opregning af stemmerettigheder, medens intentionen med IAS 27 (2008) har været at lade stemmebeholdningens potentiale i forhold til at opnå magt være den afgørende faktor.

I henhold til formuleringen i IAS 27.13.1 (2008) har det formodningen imod sig, at ejerskab til mere end halvdelen af den stemmebaserede magt ikke skulle medføre kontrol. Alene under helt særlige omstændigheder vil denne formodning kunne afkræftes, og der skal i givet fald foreligge en klar påvisning af, at et sådant ejerskab ikke medfører kontrol.⁴⁹

Anvendelsen af formuleringerne ”exceptional circumstances” og ”clearly demonstrated” understreger bestemmelsens snævre anvendelsesområde.

IAS 27 (2008) giver ikke megen vejledning i forhold til faktorer, der i givet fald kan afkræfte formodningen for kontrol under de beskrevne forhold.

⁴⁹ Se afsnit 6.1.3.1, hvori behandles dansk litteraturs indfortolkning i bestemmelsen af en bevisbyrde i de danske IAS 27 (2008)-baserede koncernbegreber.

Fra praksis kendes imidlertid i IAS 27 (2008) sammenhæng især to grupper af situationer, hvor ejerskab til mere end 50 % af stemmerettighederne ikke medfører kontrol, nemlig dels hvor indehaveren af stemmemajoriteten ved aftaler eller på andet grundlag ”skriver sig ud af kontrollen” (f.eks. ved indgåelse af joint venture aftaler), og dels hvor lovmæssige restriktioner hindrer udnyttelsen af den fulde stemmemajoritet.

I forhold til aftalebestemte indskrænkninger i udnyttelsen af ”voting power” for en ejer af flertallet af stemmerettigheder spiller ejeraftaler en central rolle:

Det klassiske tilfælde er ejeraftaler med bestemmelser om krav om enighed i ejerkredsen vedrørende beslutninger om disponering af beløb over givne beløbsgrænser, udbyttebetaling, ændringer i virksomhedens ledelse, fastsættelse af honorering for ledelse og medarbejdere samt ændringer i væsentlige driftsmæssige og finansielle politikker i øvrigt.

Det andet tilfælde illustreres ved følgende eksempel:

Eksempel:

I forbindelse med indgåelse af aftale om virksomhed A's salg af f.eks. 75 % af ejerandele med tilhørende stemmerettigheder i en virksomhed C til virksomhed B aftales det, at de af A valgte bestyrelsesmedlemmer på overtagedesdagen erstattes af bestyrelsesmedlemmer valgt af virksomhed B.

Virksomhed A har tillige ydet virksomhed C et kortfristet lån, og det er i forbindelse med overdragelsesaftalen aftalt med virksomhed B, at virksomhed C i lånets løbetid skal underkaste sig en række nærmere definerede beslutninger, som A har taget vedrørende virksomhed C's drift. A skal i denne sammenhæng kunne nedlægge veto mod enhver beslutning, som virksomhed B – eller virksomhed C selv - måtte træffe vedrørende driften af virksomhed C, for så vidt sådanne beslutninger måtte være i modstrid med de af virksomhed A truffene beslutninger.

På dette grundlag kontrollerer virksomhed A fortsat virksomhed C i lånets løbetid, uagtet at virksomhed ejer B 75 % af stemmerettighederne i virksomhed C.

Når det drejer sig om lovmæssige indskrænkninger i udnyttelsen af ejerskab til flertallet af stemmerettigheder gælder, at selvsagt ikke enhver lovgivning, som indskrænker en virksomheds handlemuligheder, vil medføre fortabelse af kontrol.

Alene indskrænkninger, der stiller sig hindrende i vejen for vedtagelse af politikker vedrørende driftsmæssige og finansielle forhold, medfører tab af kontrol.

Eksempler herpå kunne være de særlige sektorer, f.eks. våben- eller energiindustrien, hvor det er almindeligt for stater at stille krav om statslig udpegning af flere end halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne eller at forbeholde sig den udslagsgivende stemme i dead-lock-situationer.

Endelig forekommer også såvel i dansk som i international sammenhæng situationer, hvor ”voting power” ikke i omfang følger ejerskab til kapitaleandele proportionalt, f.eks. i forbindelse med stemmeretsbegrænsninger og klasseopdeling af kapitalandele med baggrund i stemmevægt.

F.eks. vil der i et selskab med ejerskab til 55 % af stemmerne kunne foreligge stemmeretsbegrænsninger, hvorefter der alene på generalforsamling kan udøves stemmeret for f.eks. 5 %. Isoleret set vil der således ikke i henhold til denne bestemmelse være tale om koncernindikation.

I forhold til spørgsmålet om klasseopdeling af kapitalandele efter stemmevægt vil et selskab f.eks. have ejerskab til 90 % af kapitalandelene, men disse kapitalandele er stemmeløse. Dermed er status som koncernmoder udelukket. – Et andet selskab kan besidde de resterende 10 % af kapitalandelene – men til disse er knyttet stemmeret. Eksemplet illustrerer, at en beskeden kapitalandel med stemmerettigheder kan føre til koncernmoderstatus, hvis øvrige kapitalandele er stemmeløse.

I tilfælde med forskellige klasser af kapitalandele er det alene forskelle i stemmerettigheder, der har betydning.

F.eks. vil den mulige koncernmoder A have 100 kapitalandele af klasse A. Den mulige koncernmoder B har 100 kapitalandele af klasse B.

Klasse A er kendetegnet ved, at udlodning af udbytte til A sker med respekt af B’s ret til forlods udbetaling af et på forhånd fastsat udbytte, og ved at B ved selskabets ophør har forlods ret til likvidationsprovenu, der i øvrigt beregnes som kapitalandelens nominelle værdi med tillæg af 25 %, hvis der er midler til det. Til A’s kapitalandele er knyttet stemmeret, til B’s kapitalandele er der ikke knyttet stemmeret. A kontrollerer stemmeretten og bliver hermed koncernmoder uanset de fordele, som i øvrigt er knyttet til B’s kapitalandele.

”Ejerskab” til den stemmerettighedsbaserede magt (”voting power”) er en forudsætning. ”Besiddelse” af stemmerettighedsbaseret magt er ikke tilstrækkelig.

Hvor ejerandele med tilknyttede stemmerettigheder i IAS 27 (2008)-sammenhæng stilles til sikkerhed f.eks. ved pant for underliggende forpligtelser, tælles stemmerettighederne alene med i panthavers beholdning af stemmerettigheder i tilfælde af pantsætters misligholdelse af den underliggende forpligtelse.

Stiller en virksomhed A f.eks. sikkerhed over for virksomhed B ved pantsætning af en ejerandel inklusive stemmerettigheder i virksomhed C for et lån ydet af virksomhed B til virksomhed A, vil virksomhed B alene kunne udnytte stemmerettighederne i virksomhed C i det tilfælde, hvor virksomhed A måtte misligholde sin forpligtelse over for virksomhed B.

”Mere end halvdelen af den stemmeretsbaserede magt” skal tages bogstaveligt, og 50 % rækker ikke⁵⁰ i sig selv til koncernindikation, hvorimod 50 % ejerskab til den stemmerettighedsbaserede magt kombineret med andre forhold efter en samlet vurdering kan indgå som element i en konkret koncernindikation.

Kravet om ejerskab til mindst 50 % af den stemmeretsbaserede magt kan opfyldes direkte eller indirekte. Se nærmere herom senere i dette afsnit.

4.3.5.7 *Ejerskab til mindre end flertallet af stemmerettigheder*

4.3.5.7.1 Magt over flertallet af stemmerettigheder med baggrund i aftale med andre investorer – IAS 27.13.2.a (2008)

IAS 27.13.2.a (2008) indeholder den første af de kontrolindikationer, som IAS 27 (2008) indeholder for situationer, hvor koncernmoder ikke ejer mere end halvdelen af den på stemmerettigheder baserede magt i koncerndatteren.

Hvor en ejeraftale i det foregående afsnit kunne afkræfte kontrolindikationen i den situation, hvor en investors ejerskab til mere end halvdelen af den på stemmerettigheder baserede magt forudsætningsvis og som udgangspunkt ville medføre kontrol, er situationen i nærværende bestemmelse i stedet den, at en ejeraftale kan være af en sådan beskaffenhed, at der netop opstår kontrolindikation i situationer, hvor den på ejerskab baserede stemmeretsmæssige magt ikke i sig selv har et omfang, der medfører kontrolindikation.

For så vidt den aftalepart, som en potentiel koncernmoder i henhold til bestemmelsen skal kontrahere med, angiver formuleringen ”other investors”, at såvel den potentielle koncernmoder som dennes medinvestor, der hermed også blive aftalepart, skal eje andele i den potentielle koncerndatter, hvorfor det kan lægges til grund, at den af bestemmelsen omhandlede aftaleform skal være en form for ejeraftale eller tilsvarende.

Omfanget af eller det indbyrdes forhold mellem de respektive parter ejerskab indeholder bestemmelsen ingen krav for, idet det ifølge sagens natur dog må lægges

⁵⁰ Regnskabsmæssig behandling af selskaber med ”fælles kontrol” blev i det IFRS-regime, der var gældende før IFRS 10, reguleret ved IAS 31-standardens, der definerede ”joint control” som følger: ”...the contractually agreed sharing of control over an economic activity, and exists only when the strategic financial and operating decisions relating to the activity require the unanimous consent of the parties sharing control (the venturers).”

til grund, at aftaleparternes samlede beholdning af stemmerettigheder ("voting rights") må udgøre mere end 50 %.

Den magt, som den potentielle koncernmoder ved aftalen med medinvestor opnår, har karakter af en råderet over stemmerettigheder, der i kombination med den potentielle koncernmoders egen beholdning af stemmerettigheder tilsammen giver kontrol med råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne. Råderetten beror efter bestemmelsen i IAS 27.13.2.a (2008) således på en allerede i kraft af ejerskab eksisterende beholdning af stemmerettigheder suppleret med nye ved aftale opnåede stemmerettigheder.

Det følger af ovenstående, at en stemmeoverførselsaftale potentielt kan resultere i, at koncernmoderstatus skifter fra én virksomhed til en anden.

Eksempel:

Selskab A ejer 45 % af stemmerettighederne i virksomhed B. Selskab A har tillige en aftale med andre investorer i virksomhed B om, at de for 20 % af deres beholdning af stemmerettigheder vil stemme med selskab A på generalforsamlingen. Aftalen mellem A og de øvrige ejere i B vil medføre, at A har en samlet råderet over 65 % af stemmerettighederne i B og dermed kontrol over B.

4.3.5.7.2 Magt til at styre finansielle og driftsmæssige politikker med baggrund i aftale eller vedtægt IAS 27.13.2.b (2008)

I IAS 27.13.2.b (2008) er den grundlæggende forudsætning for bestemmelsens anvendelse som i IAS 27.13.2.a (2008): Koncernmoderen ejer halvdelen eller mindre end halvdelen af den stemmeretsbaserede magt over en koncerndatter.

Men en væsentlig forskel udgør det forhold, at bestemmelsen udtrykkeligt ikke baserer sig på stemmeretsbaseret magt. "Magten" beror i stedet på en vedtægt eller en aftale, der giver adgang til at styre de driftsmæssige og finansielle politikker i koncerndatter.

I denne sammenhæng er det til indledning relevant at erindre om, hvad tidligere i nærværende kapitel er anført om forskellige typer af politikker, henholdsvis deltagende og beskyttende beslutningstemaer, og at der i nærværende bestemmelses sammenhæng som i øvrigt er fokus på såkaldte deltagende beslutningstemaer.

Forståelsen af begrebet "vedtægt" ("statute") må anses for værende i tråd med den almindelige selskabsretlige principper herom, og nærmere herom vil ikke indgå i nærværende afhandling.

Når det imidlertid gælder begrebet ”aftale” (”agreement”) rejser sig det grundlæggende spørgsmål: aftaler mellem hvilke parter?

Det følger af sagens natur, at den ene part i et sådant aftaleforhold er koncernmoderen.

For anden/andre parts/parters vedkommende giver ikke mindst klassisk tysk selskabsrets regler om ”Beherrschungsvertrag”, men også andre nationaliteters retsorden, anledning til overvejelser i forhold til, om IAS 27.13.2.b (2008)-anvendelsesområdet skulle ses som en mulighed for aftaler mellem koncernmoder og koncerndøtre om overgang fra koncerndatter til koncernmoder af beslutningsmæssig selvstændighed, når det handler om driftsmæssige og finansielle politikker.⁵¹

Uanset, at IAS 27 (2008)-standarden er tavs om den nærmere forståelse af ”aftale” i forbindelse med bestemmelsen, har en sådan forståelse af bestemmelsen midlertid ikke meget for sig; allerede fordi retlige principper om kontraktbaseret overførsel af ledelsesretten i koncerndatter fra koncerndatter til koncernmoder, sådan som det f.eks. er tilfældet i nævnte tyske regler om ”Beherrschungsverträge” ikke en blomst, der er groet i angelsaksisk regnskabsmæssig regulerings have, eller på anden måde kan antages at være i overensstemmelse med den angelsaksiske tradition, som fortsat i væsentlig grad er grundlaget for IASB’s regnskabsstandards, anses en sådan antagelse for ubegrundet.

Men væsentligst er det faktum, at praksis efter bestemmelsen klart afspejler, at bestemmelsen sigter mod aftaler inden for koncerndatters ejerkreds om ”magten” til at styre driftsmæssige og finansielle politikker i koncerndatteren.

Bestemmelsens anvendelsesområde er i stedet de situationer, hvor en de jure-baseret foranstaltning i form af en vedtægt eller aftale mellem ejere (og netop ikke koncernmoder og koncerndatter) giver en koncernmoder adgang til at give instrukser til koncerndatterens ledelse om driftsmæssige og finansielle politikker, som koncerndatterens ledelse forpligtes til at følge uanset eventuelle hensyn til nytten heraf for koncerndatteren.

Bestemmelsen konflikter dermed efter en streng juridisk målestok med en række landes nationale selskabsretlige regler om koncerndatterledelsens forpligtelser over for selskabet (”selskabsinteressen”) – men harmonerer reelt i vid udstrækning med den praksis, som eksisterer inden for erhvervslivet, hvor koncerninteresse reelt

⁵¹ Det bemærkes i denne sammenhæng, at f.eks. Karnov-kommentaren til den tilsvarende bestemmelse i den danske årsregnskabslov, men også andre dele af retslitteraturen, synes at forudsætte, at en sådan aftales parter skulle være koncernmoder på den ene side og koncerndøtre på den anden side.

varetages, og hvor koncerninterne instrukser og politikker eksisterer som naturlige elementer i koncernledelse.

Inden for regnskabsstandardernes regime, herunder IAS 27 (2008), anerkendes imidlertid denne virkelighed, og IAS 27.13.2.b (2008) beskriver dermed en eksplicit regnskabsmæssig koncernindikation, når de faktiske forhold er som beskrevet, og hvor der altså inden for en koncerndatters ejerkreds er aftalt en sådan instruktionsbeføjelse over for koncerndatterens ledelse, eller hvor en vedtægt eller lignende giver en koncernmoder samme beføjelse.

Eksempel:⁵²

Selskaberne A, B og C investerer i D, der skal fremstille fodbolde. A har betydelig erfaring med produktion af fodbolde og har udviklet en ny teknologi til at forbedre produktionen. B og C er begge pengeinstitutter, som tidligere har finansieret A's drift.

A bidrager med teknologi og know-how til D, medens B og C bidrager med finansiering. A ejer 40 %, B ejer 30 % og C ejer 30 % af D. A, B og C udpeger medlemmer af ledelsen i overensstemmelse med deres ejerandel. En aftale mellem ejerne indeholder en bestemmelse om, at den øverste ledelse skal bestå af en administrerende direktør og en økonomidirektør, der begge skal udpeges af A i kraft af dennes viden om fremstilling af fodbolde, medens de øvrige ledelsesmedlemmer skal underordnes disse.

Ejeraftalen uddelegerer beføjelsen til at fastlægge D's driftspolitikker og driftsbudgetter til A's administrerende direktør og A's økonomidirektør. Dog skal ønsker om yderligere finansiering behandles af den samlede bestyrelse.

A opnår herved en effektiv kontrol over D. Selv om den samlede bestyrelse fastholder nogle beføjelser, herunder beføjelser over finansieringsmæssige ændringer og ejerforhold, er der tale om begrænsede rettigheder af beskyttende karakter (beskyttende i forhold til investorinteresser) snarere end om deltagerrettigheder, jf. ovenstående omtale af denne skelnen.

Beføjelsen til at styre økonomiske og driftsmæssige politikker udgør en væsentlig del af de beslutninger, der ligger til grund for virksomhedens drift. Ikke mindst har A kontrol over udlodning af udbytte, og A kan dermed beslutte, om overskud skal udloddes som udbytte eller reinvesteres i virksomheden.

⁵² Med inspiration fra PWC's Manual of Accounting IFRS 2013.

Fra praksis kan henvises til ESMA-afgørelse EECS/0910-06 fra 22. februar 2010, hvor en række af ovennævnte elementer var til stede, og som er kommenteret ovenfor, hvortil henvises.

Fra dansk praksis ses endvidere Fondsrådets afgørelse af 23. februar 2010. Se nærmere omtalen heraf i afsnit 6.1.3.2.7.

4.3.5.7.3 Magt til at udpege eller afskedige flertallet af bestyrelsesmedlemmer eller medlemmer af tilsvarende organ, når dette organ kontrollerer enheden – IAS 27.13.2.c (2008)

Også i IAS 27.13.2.c (2008) er der – som ovenfor under IAS 27.13.2.a (2008) og IAS 27.13.2.b (2008) tale om koncernindikation i situationer, hvor en koncernmoder ejer halvdelen eller mindre end halvdelen af den stemmeretsbaserede magt i en koncerndatter.

Bestemmelsen har – i lighed med IAS 27.13.2.d (2008), der omtales straks i det efterfølgende afsnit – magten i bestyrelsen eller tilsvarende øverste ledelsesorgan i fokus, men udgangspunkterne for denne magt er forskellige.

Endvidere er det en udtrykkelig, men i praksis af og til overset, forudsætning for begge de nævnte koncernindikationer, at kontrollen over koncerndatteren reelt beror hos de pågældende øverste ledelsesorganer, herunder at en sådan magt ikke er illusorisk som følge af f.eks. koncernindikation til anden side i medfør af IAS 27.13.2.b (2008) eller andre bestemmelser, eller eventuelt af kombinationer af andre koncernindikationer, som tilsammen vejer tungere end IAS 27.13.2.c (2008) eller IAS 27.13.2.d (2008)-indikationerne.

Når det handler om IAS 27.13.2.c (2008) foreligger koncernindikationen i kraft af magten til at udpege eller fjerne flertallet af medlemmer i det øverste ledelsesorgan, der besidder kontrol over virksomheden – og altså det organ, der har kontrol over koncerndatters driftsmæssige og finansielle politikker. Jf. tidligere er der også i denne sammenhæng tale om de politikker, som kan betegnes som deltagerrettigheder ("participative rights").

Magten til at udpege og fjerne medlemmer uanset deres magtmæssige tyngde ("hoveder") er afgørende for anvendelsen af bestemmelsen.

Bestemmelsens anvendelse illustreres ved CESR afgørelse EECS/0209-04:⁵³

En virksomhed A ejede 35 % af virksomhed B. Ejerforholdene i B var som følger: virksomhed A ejede 35 %, institutionelle investorer ejede 12 % og resten af ejerandelene var fordelt over et større antal mindre ejere.

⁵³ CESR, 5th Extract from EECS's Database of Enforcement Decisions, side 6.

Der var mellem virksomhed A og de institutionelle investorer indgået en 5-årig ejeraftale med det formål at sikre en stabil udvikling af virksomhed B. I aftalen indgik blandt andet følgende momenter:

Bestyrelsen bestod af 18 medlemmer; 9 udpegedes af virksomhed A, 5 udpegedes af institutionelle investorer, 4 medlemmer blev udpeget af virksomhed A og de institutionelle investorer og bestyrelsesformanden i fællesskab.

Bestyrelsesformanden blev udpeget af virksomhed A og havde den udslagsgivende stemme i tilfælde af stemmelighed.

Bestyrelsesformanden udpegede den administrerende direktør.

Alle beslutninger i bestyrelsen skulle tages med simpelt flertal.

Kvalificeret flertal skulle foreligge ved spørgsmål vedrørende selskabskapitalen, vedtægtsændringer og ekstraordinær udlodning af udbytte.

Den pågældende nationale regnskabsmyndighed konkluderede, at magten til at kunne udpege mere end halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne, inklusive formanden, medførte, at virksomhed A havde magten til at styre driftsmæssige og finansielle politikker i virksomheden B, idet alle bestyrelsesbeslutninger i henseende hertil blev truffet med simpel majoritet.

Når hvert bestyrelsesmedlem har én stemme, eventuelt kombineret med formandens stemme som udslagsgivende i forbindelse med stemmelighed som i sagen netop omtalt ovenfor, er bestemmelsen ukompliceret at anvende, og koncernindikationen kan afklares ved simpel matematisk opgørelse af udpegnings/-fjernelsesrettigheder i forhold til antallet af bestyrelsesmedlemmer.

Hvor dette imidlertid ikke er tilfældet, vil magten til at udpege eller fjerne bestyrelsesmedlemmer ikke altid medføre kontrolindikation, idet risikoen i sådanne tilfælde foreligger for, at en anden part med magt til kun at udpege/fjerne en minoritet af bestyrelsesmedlemmerne alligevel sidder tilbage med de bestyrelsesmedlemmer, der besidder flertallet af stemmerettigheder i bestyrelsen, jf. nedenfor om IAS 27.13.2.d (2008).

4.3.5.7.4 Magt til at afgive flertallet af stemmer på møder i bestyrelse eller i tilsvarende organ, når dette organ kontrollerer virksomheden – IAS 27.13.2.d (2008)

Den fjerde – og i IAS 27 (2008) sidste eksplicitte – koncernindikation, hvor en koncernmoder ikke ejer flertallet af stemmerettigheder, er som allerede nævnt den,

hvor magten over driftsmæssige og finansielle politikker haves i kraft af det øverste ledelsesorgan (oftest en bestyrelse).

Men i modsætning til IAS 27.13.2.c (2008) er det ikke magten til at udpege/fjerne bestyrelsesmedlemmerne, der er i fokus. Det centrale er magten over det antal stemmerettigheder, som disse besidder ("hoved-princippet") i forhold til opnåelse af magten til at styre driftsmæssige og finansielle politikker for så vidt angår deltagende rettigheder.

Eksempel:

Virksomhed A ejer 50 % af stemmerettighederne i virksomhed B. Bestyrelsen består af 8 medlemmer. Virksomhed A udpeger 4 bestyrelsesmedlemmer, og to andre investorer udpeger hver to bestyrelsesmedlemmer. Eet af de bestyrelsesmedlemmer, som virksomhed A udpeger, er bestyrelsesformand og har den udslagsgivende stemme i tilfælde af stemmelighed. Virksomhed A kontrollerer dermed virksomhed B.

Eksemplet illustrerer tillige, hvorledes aftaler i joint ventures med f.eks. 50/50 % ejerskab om aftalt skiftende formandskab kan medføre tilsvarende ændringer i koncernmoderstatus.

For bestemmelsens anvendelse henvises endvidere til de tidligere afsnits omtale af EECS/0910-06 (omtalt under IAS 27.13.2.b) og EECS/0407-02 (omtalt i afsnit 4.3.5.2).

4.3.5.8 *De facto kontrol - IASB Update, October 2005*

IAS 27 (2008)-standardens eksplicite formulering indeholder alene koncernindikationer, der hviler på de jure-kontrolprincipper: formodningsreglen i IAS 27.13.1 (2008) handler om ejerskab til mere en halvdelen af stemmerettigheder, og de fire koncernindikationer i IAS 27.13.2.a-d hviler på magt over driftsmæssige og finansielle politikker i koncerndatteren med baggrund i en kombination af egne stemmerettigheder og magten over andre investorers stemmerettigheder og/eller forvaltningsmæssige beføjelser med baggrund i aftaler, vedtægter eller potentielle stemmerettigheder.

Afvigelser i standardens anvendelse på dette punkt⁵⁴ førte som allerede anført imidlertid til, at IASB i 2005 måtte forholde sig til det faktum, at de facto-kontrol baseret på et mindretal eller halvdelen af stemmerettigheder reelt i ikke uvæsentligt

⁵⁴ IASB Update, October 2005: "The Board has recently become aware that some who apply IFRSs hold the view that, in the circumstances described, IAS 27 requires an entity to have legal control over a majority of the voting rights to consolidate another entity."

omfang blev lagt til grund for koncernindikation, og IASB offentliggjorde på den baggrund som allerede anført i IASB Update, October 2005.

Under indtryk af det forestående og allerede planlagte reformarbejde i forbindelse med udviklingen af IFRS 10-standarden blev formuleringen af IAS 27 (2008)-standarden aldrig ændret i overensstemmelse med dette ”statement”, idet nævnte formulering i IASB Update-nyhedsbrevet forblev den klareste formulering, der kom i tilknytning til IASB’s stillingtagen til spørgsmålet.

Som det fremgår af det tidligere i kapitlet citerede uddrag af IASB Update, October 2005, anerkendtes allerede på tidspunktet for udtalelsens fremsættelse også den kompleksitet, som knytter sig til anvendelsen af bestemmelsen.

I praksis gav dette sig udslag i, at virksomheder, der konsoliderede koncerndøtre efter denne bestemmelse, i kommentarerne til de konsoliderede regnskaber udførligt måtte redegøre for grundlaget for at anvende bestemmelsen, hvilket nødvendiggjorde et betydeligt analyse- og vurderingsarbejde.

IASB Update, October 2005, er da også, jf. det tidligere anført, sparsom, når det kommer til anvisninger i forhold til eksistensen af sådan de facto-kontrol.

Kendetegnende for situationer med de facto-kontrol er for det første, at der er tale om en mulig koncernmoders minoritetsinteresse i den mulige koncerndatter – idet ”minoritetsinteresse” her anses som et ejerskab uden råden over et flertal af stemmerettigheder.

Dernæst skal der være tale om et fravær af formelle (i denne sammenhæng forstået som de jure-baserede jf. sprogansværelsen i et senere afsnit af udtalelsen) arrangementer, hvormed henvises til IAS 27.13.2.a-d (2008)-koncernindikationerne.

Dermed er også fastlagt bestemmelsens karakter af en residualbestemmelse, og situationer, hvor bestemmelsen kunne anskues som ”konkurrerende” i forhold til IAS 27.13.2.a-d (2008)-indikationerne, ses ikke at kunne forekomme.

Anvendelsesområdet er med de citerede formuleringer tillige indskrænket til at vedrøre stemmerettigheder,⁵⁵ hvilket også udtalelsens eneste og tidligere i kapitlet citerede de facto-kontrol eksempel vidner om.

⁵⁵ I regnskabsfaglig litteratur har fra tid til anden været anført, at de facto-kontrol efter denne bestemmelse tillige skulle kunne bero på andet grundlag såsom forretningsmæssige rettigheder og forpligtelser, jf. analysen i afsnit 4.3.5.9 af kontrol i SPE-sammenhænge.

Det citerede eksempel og den senere anvendelse af standarden har affødt – og affødte helt frem til vedtagelsen af IFRS 10 – stor tvivl om de facto-princippets anvendelighed. Særligt har følgende spørgsmål været genstand for interesse:

- Er der en undergrænse for den mulige koncernmoders de jure-baserede kontrol?
- Hvor stor spredning skal der være af stemmerettigheder på andre investorer?
- Hvilken rolle spiller majoritets ejerers mødemønster på generalforsamlingen for de facto-kontrol?
- Hvorledes sikres en minoritets ejer tilstrækkelig adgang til de informationer om ejerstruktur, andre ejers samordning af udøvelse af stemmeret og andre ejers fremtidige intentioner, der skal muliggøre en korrekt vurdering af de facto-kontrol spørgsmål?

Det principielt korrekte – men for praktikerne ikke særligt brugbare – svar på disse spørgsmål er jf. principperne for IAS 27 (2008) i øvrigt: en koncernmoder har de facto-kontrol, når koncernmoders stemmer er tilstrækkelige til at give koncernmoderen magt over driftsmæssige og finansielle politikker.

IASB har ikke i tiden efter oktober 2005 givet klare svar i relation til de nævnte spørgsmål, men har i stedet udformet følgende teser for inddragelse ved afgørelsen af de facto-kontrol spørgsmål efter bestemmelsen:

- Jo flere stemmerettigheder, en mulig koncernmoder råder over, jo større er sandsynligheden for magt over en koncerndatter.
- Relativitetsbetragtninger: jo flere stemmerettigheder, en mulig koncernmoder råder over i forhold til andre ejere, jo større er sandsynligheden for magt over en koncerndatter.
- Jo flere andre parter, der i givet fald skulle samordne deres udøvelse af stemmeret, jo større er sandsynligheden for en mulig koncernmoders magt over en koncerndatter.

Måtte alle analyser og vurderinger føre til tvivl om, hvorvidt der konkret foreligger en tilstrækkeligt klar koncernindikation med baggrund i de nævnte momenter, er udgangspunktet, at der ikke er tale om en koncerndatter, og virksomheden indgår herefter ikke i konsolideringen.

I det følgende sammenfattes momenter, der alle ses - hver for sig eller i kombinationer - at kunne have betydning for afgørelser i tilknytning til de facto-kontrollbegrebet i tilknytning til IAS 27 (2008):

4.3.5.8.1 Relativ ejerandel og spredning af stemmerettigheder

Som allerede nævnt ovenfor er den relative ejerandel i sig selv en væsentlig koncernindikator.

Isoleret set anses en ejerandel på 35 – 40 % for i almindelighed at udgøre en undergrænse for, hvornår de facto-kontrol kan foreligge, men intet hindrer principielt, at de facto-kontrol kan baseres på en koncernmoders ejerandel på f.eks. 20 %.

Det afgørende vil imidlertid ofte være spredningen af stemmerettigheder på øvrige investorer, jf. også ovennævnte IASB-teser.

Eksempel:

Selskab A ejer 45 % af stemmerettighederne i selskab X. Ingen anden ejer i X besidder mere end 5 % af stemmerettighederne, og blandt de øvrige ejere er ikke sket samordning af stemmeafgivning for deres samlede beholdning på 55 % af stemmerettighederne. I mange år har de øvrige ejere ikke været repræsenteret på generalforsamlingen med mere end 30 % af stemmerettighederne, og selskab A udnævner flertallet af medlemmerne i selskab X's bestyrelse.

Selskab A opnår dermed de facto-kontrol over selskab X i kraft af sit faktiske generalforsamlingsflertal og sin mulighed for derigennem at udnævne flertallet af medlemmerne i selskabets bestyrelse.

Som det ses af eksemplet, må selv under ejerforhold som de beskrevne suppleres med oplysninger om andre momenter, i dette eksempel historik for generalforsamlingsrepræsentation og -afstemninger.

4.3.5.8.2 Historik for generalforsamlingsrepræsentation og -afstemninger

Blandt de væsentlige momenter er den erfaringsopsamling, som over tid sker i en koncerndatter for så vidt det afstemningsmønster, som findes for en given ejerkreds.

Dette gør sig især gældende, hvor spredningen af andre ejerandele er ringe, og hvor én eller flere andre ejere besidder væsentlige ejerandele.

Heraf følger, at væsentlige og hyppige ændringer i ejerstrukturer vanskeliggør den fornødne erfaringsopsamling til brug for analysen og vurderingen af de facto-kontrolsspørgsmål, og at adgangen til de fornødne informationer for en minoritetsejer vanskeliggøres.

Blandt praktikere er det en udbredt erkendelse, at de facto-kontrol af samme årsag ofte slet ikke eller først efter flere år efter de facto-kontrollens indtræden kan fastslås.

I denne sammenhæng henvises også til, hvad ovenstående er citeret fra IASB Update, October 2005, nemlig at analyser og vurderinger forudsætter professionelle aktører.

Uanset dette moments samspil med andre momenter må det lægges til grund, at de facta-kontrol må fordrer en historik, der indbærer ens – eller tilnærmelsesvist ens – stemmemønstre over en årrække.

Intetsteds angives nogen vejledning i forhold til varighed, men det antages, at der skal danne sig en afstemningspraksis over ikke under 3 – 4 år, idet de facta-kontrol ikke kan udelukkes, fordi et ellers rimeligt fast afstemningsmønster afbrydes et enkelt år som følge af, at særlige forhold måtte gøre sig gældende i det pågældende år.

Eksempel:

Et selskab X ejes af A (40 %), B (45 %) og et større antal små ejere (tilsammen 15 %).

På de seneste 5 generalforsamlinger har B og flertallet af de små ejere udøvet deres stemmeret. Men på den seneste generalforsamling udøvede B ikke sin stemmeret, og A kunne vælge samtlige de på valg værende bestyrelsesmedlemmer (1 ud af i alt 3).

A kontrollerer ikke X, idet A's faktiske flertal på blot én generalforsamling ikke medfører kontrol, idet A ikke herved kan styre de driftsmæssige og finansielle politikker for X.

Uanset at B besidder den største ejerandel, vil ej heller B have de facta-kontrol, idet A og flertallet af de små ejere udøver deres stemmeret og dermed i praksis vil kunne kontrollere X.

Foruden spørgsmålet om historik for generalforsamlingsrepræsentation og -afstemninger illustrerer eksemplet tillige, hvorledes det relative størrelsesforhold i antallet af stemmerettigheder influerer på afgørelsen af de facta-spørgsmål i den forstand, at næststørste ejer qua stemmeafgivelse fra et antal mindre ejere kan afkræfte koncernindikationen for ejeren med den største minoritetsstemmepost.

En i praksis relevant overvejelse er det i denne sammenhæng, hvilken rolle en langvarig og konsekvent passivitet hos en indehaver af majoriteten af stemmerettigheder vil påvirke de facta-kontrol-vurderingen.

Der erindres i denne sammenhæng om, hvad tidligere i afhandlingen⁵⁶ er omtalt vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt magten skal udnyttes – eller blot eksistere – for at statuere kontrol. Det følger heraf, at den blotte mulighed for en indehaver af en majoritetspost af stemmerettigheder for at kunne gøre sin stemmeretsbaserede indflydelse gældende er tilstrækkelig for koncernindikation:

Eksempel

Selskab A ejer 45 % af stemmerettighederne i selskab X. De øvrige 55 % af stemmerettighederne beror hos en enkelt aktionær B, som imidlertid ikke giver møde på generalforsamlingen.

Selskab A har ikke de facto kontrol over selskab X, da den passive aktionær B har mulighed for på en hvilken som helst generalforsamling at udøve stemmeret i forhold til sin besiddelse af en flerhed af stemmerettigheder og dermed forhindre A i at handle imod den passive aktionær B's interesser.

4.3.5.8.3 Samordning af minoritetsinteresser

I det omfang, hvor en samordning sker mellem en række mindre ejere af deres forvaltningsmæssige beføjelser i en virksomhed, vil der være tale om en væsentlig afkræftning af de facto-kontrolindikation for koncernmoderen i de tilfælde, hvor sådanne samordningsforanstaltninger medfører, at minoritetsdeltagerne ved en sådan koordineret indsats i fællesskab har muligheden for at opnå magt til at styre driftsmæssige og finansielle politikker – ja selv i de tilfælde, hvor sådanne samordnende minoritetsejere i øvrigt helt forholder sig passive i forhold til virksomheden og forbindelse hermed almindeligvis afholder sig fra at give møde på generalforsamlinger, vil en sådan samordning efter omstændighederne kunne afkræfte de facto-kontrolindikationen for så vidt angår den ejer, som ellers besidder den største post af stemmerettigheder.

Eksempel:

Selskab A ejer 35 % af stemmerettighederne i selskab X. Selskab X har 6 øvrige aktionærer, der alle er institutionelle investorer. Ingen af disse 6 har mere end 15 % af stemmerettighederne i X. Selvom de ikke deltager i generalforsamlinger, er de kendt for at afholde møder med repræsentanter for X og hinanden.

A har ikke de facto kontrol over X og dette uanset, at X ingen aktionærer har med større post af stemmerettigheder end A. Imidlertid indikerer aktionærernes karakter, deres antal og det faktum, at de kommunikerer med hinanden om selskabet, at A ikke har de facto-kontrol over X.

⁵⁶ Se nærmere afsnit 4.3.5.2.

Det må antages, at A ikke kan handle i egen interesse, styre fastlæggelsen af driftsmæssige og finansielle politikker i X eller benytte sig af X's aktiver og aktiviteter, som tilhørte de A.

Snarere indikerer de øvrige aktionærers karakter, at de i stedet har placeret sig i en position, hvor de kan overvåge A's dispositioner og involvere sig, hvis de anser det for påkrævet.

Også når det gælder samordning mellem minoritetsindehavere konstateres det, at forekomsten heraf forudsætter et indgående kendskab til og analyse af konkrete forhold ikke blot i direkte tilknytning til den mulige koncerndatter, men også til ikke-formaliserede relationer mellem minoritetsejere.

4.3.5.9 Kontrol i kraft af substansen i relationen mellem enheder, hvoraf en eller flere er SPE-enheder – SIC 12

I tillæg til de situationer, hvor kontrol baseres på de i IAS 27 (2008) angivne de jure-kontrol bestemmelser og den tilhørende i IASB Update, October 2005, angivne de facto-kontrol bestemmelse, kan der i tilfælde, hvor den mulige koncerndatter udgør en såkaldt SPE-enhed, foreligge en helt særegen kontrolsituation, hvor kontrol ikke baserer sig på stemmerettigheder eller andre former for forvaltningsmæssige beføjelser, men hvor kontrollen jf. SIC 12 fortolkningsbidraget⁵⁷ beror på den specifikke substans i relationen mellem den mulige concernmoder og den pågældende SPE-enhed.

SIC 12-bestemmelserne skal ses i lyset af ønsket om at reducere risikoen for omgåelse af bestemmelserne i IAS 27 (2008), herunder især i forhold til den mulighed, som kunne opstå i forbindelse med en mulig udeholdelse af konsolideringen for væsentlige aktiver, som blev placeret i enheder, over hvilke en concernmoder efter de øvrige IAS 27 (2008) kontrolkriterier ikke udøvede kontrol.

Bestemmelsen bidrager dermed også til en generel understregning af hensigten om, at kontrolmodellen i IAS 27 (2008) overordnet set skulle afspejle de økonomiske realiteter frem for de juridiske formaliteter.⁵⁸

Til grund for SIC 12 ligger den grundlæggende antagelse, at en concernmoder alene vil acceptere eksponering for de største risici i forbindelse med en SPE, hvis concernmoderen kontrollerer SPE-virksomheden. Samtidig er det en grundlæggende antagelse, at en concernmoder alene vil opnå størstedelen af de økonomiske fordele, hvis hun kontrollerer SPE-virksomheden.

⁵⁷ SIC 12 fortolkningsbidraget trådte i kraft for regnskaber med regnskabsperiode start efter 1. juli 1999.

⁵⁸ Se nærmere herom hos Jan Fedders og Henrik Steffensen i Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder – fra dansk praksis til IFRS, 3. udgave, side 506 ff.

Forudsætningen for SIC 12 bestemmelsesernes anvendelse er imidlertid udtrykkeligt, at den mulige koncerndatter er en såkaldt SPE-enhed, og at substansen i den konkrete relation mellem virksomhederne indebærer kontrol, alt jf. SIC 12.8.

4.3.5.9.1 Parterne i en koncernstruktur, hvor én eller flere enheder er SPE-enheder

En koncernkonstruktion, hvori indgår en SPE-enhed, indebærer i realiteten ikke enheder med to, men tre forskellige typer af roller:

Først og fremmest er der tale om den mulige koncernmoder, der også kan betegnes som "ophavsvirksomhed" ("originator"), sponsorvirksomhed eller skaber ("creator"). Førstnævnte begreb ses bredt anvendt i den økonomiske litteratur, medens de to sidstnævnte betegnelser direkte anvendes i SIC 12.

Disse begreber afspejler væsentlige elementer i koncernmoderens baggrund og incitament for at indgå i en sådan koncernkonstruktion: koncernmoderen er ofte initiativtager til etableringen af den pågældende virksomhed eller enhed, koncernmoderen indskyder ofte aktiver i den pågældende virksomhed eller enhed, og koncernmoderen tilrettelægger virksomhedens aktiviteter på en sådan måde, at de alene, eller i hovedsagen, har til formål at opfylde funktioner i koncernmoderens interesse.

Koncernmoderens rolle indebærer ikke nødvendigvis nogen ejerandel, idet koncernmoderens ejerandel kan være ringe eller slet ikke eksisterende, jf. SIC 12.3.

Dernæst er der tale om én eller flere koncerndøtre af SPE-karakter, jf. nedenstående afsnit, og for det tredje findes ejerkredsen bag SPE-enheden/den mulige koncerndatter, som ofte vil kunne sidestilles med enhver anden finansier eller långiver ("capital provider").

Jan Fedders og Henrik Steffensen beskriver de juridiske ejeres position som følger: "I sådanne tilfælde vil de juridiske ejere ofte blot opnå et fikseret afkast af en investeret kapital uden hverken mulighed for et større afkast eller risikoen for at lide tab ud over en eventuel sædvanlig kreditrisiko. Derfor er der hos de juridiske ejere mere tale om udlån end om besiddelse af kapitalandele".⁵⁹

Kernen i konstruktionen bliver dermed, at en virksomhed (den mulige koncernmoder) initierer etablering af en virksomhed eller en enhed med et snævert og veldefineret formål i den mulige koncernmoders interesse, og hvor der på juridisk grundlag etableres strenge og ofte permanente begrænsninger på ejerkredsen og/eller ledelsens beslutningskompetence. Ofte vil virksomhedens (SPE-enhedens) formål og instrukserne til dens drift alene kunne ændres af den

⁵⁹ Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder – fra dansk praksis til IFRS, 3. udgave, side 505.

initierende virksomhed (den mulige koncernmoder) eller slet ikke, idet selv enhedens ophør kan være forudbestemt til et angivet tidspunkt eller under forud angivne omstændigheder.

I realiteten ("in substance") opnår den initierende virksomhed (den mulige koncernmoder) således gennem aftaler magt ("power") over SPE-enhedens driftsmæssige og finansielle politikker, alt jf. i øvrigt de generelle betingelser for kontrol i IAS 27 (2008).

Da konstruktionen normalt indebærer, at ejerkredsen (de juridiske ejere) som ovenfor nævnt blot opnår et fikseret afkast på de i SPE'en placerede midler og dermed ikke er eksponeret for større afkast eller risiko for tab (ud over, hvad almindelig kreditrisiko tilsiger), og da ydermere eksponeringen for et større afkast eller risiko for tab knyttes til den initierende virksomhed (den mulige koncernmoder), opfyldes også den anden forudsætning i IAS 27 (2008)-kontrolligningen – eksponeringen for fordele ("benefits").

Dermed er kontrol i IAS 27 (2008)-forstand opfyldt, jf. hvad ovenfor er beskrevet om kontrolligningen i IAS 27 (2008) og i kraft af SIC 12 de facto-kontrol med baggrund i relationens substans.

4.3.5.9.2 SPE'ens kendetegn

Den retlige form er ikke afgørende i forhold til eksistensen af en SPE-enhed, jf. SIC 12.1. Det er således ej heller afgørende, at SPE-virksomheden er et kapitalselskab. – Faktisk kan en SPE i SIC 12 forstand blot udgøres af en aktivitet, der "hostes" inden for en større enhed, jf. afsnittet nedenfor om "siloer".

SIC 12 indeholder ingen egentlig definition af begrebet SPE-virksomhed. I det følgende er angivet en (ikke udtømmende) række forhold, som kan foreligge – men ikke nødvendigvis foreligger, når der er tale om en SPE-virksomhed:

Såkaldte "autopilot"-virksomheder (også kaldt "brain-dead"-virksomheder)⁶⁰ foreligger, når der ved SPE-enhedens etablering på juridisk grundlag er etableret ordninger, hvorved ejerkredsens eller ledelsens beslutningskompetence underkastes strenge og ofte permanente indskrænkninger, og der vil i et sådant grundlag være indeholdt bestemmelse om, at ændringer af virksomhedens formål eller politikker enten slet ikke kan forekomme eller kun kan forekomme på foranledning af den initierende virksomhed (den mulige koncernmoder), jf. SIC 12.1 og SIC 12.9.

I forhold til "auto-pilot"-arrangementer har det fra tid til anden været indvendt, at kontrolligningen ikke kan opfyldes, idet der ikke vil være driftsmæssige og finansielle politikker, hvorover en koncernmoder kan have magt ("power").

⁶⁰ IASB Meeting Staff Paper 10A, July 2009, punkt 35.

Imidlertid argumenteres i forhold hertil, at SPE'ens aktiviteter og politikker blev låst fast ved enhedens etablering af den initierende enhed (den mulige koncernmoder), hvorfor denne "forlods" har udøvet sin magt over koncerndatteren.

I praksis har diskussionen i hovedsagen teoretisk interesse, idet praksis har vist, at sådanne "auto-pilot"-arrangementer kun sjældent forekommer, og i eftertiden har da også det amerikanske FASB med virkning fra 2009 afskaffet dens pendant "Q" i den amerikanske standard FIN 46R.

SPE'en ledes ofte af professionelle ledelsesmedlemmer, eller har ofte institutionel ejerkreds.

SPE'en er almindeligvis "tyndt kapitaliseret" – kapitalberedskabet er ringe målt i forhold til SPE'ens aktiviteter.

SPE'en vil sjældent fremstå som et selvstændigt profit-center, idet enheden grundlæggende er designet med henblik på løbende udbetaling af honorarer eller renter.

SPE'en er ofte hjemmehørende i oversøiske områder ("capital havens").

SPE'ens konstruktion baserer sig på finansieringsmæssige formål.

Den initierende virksomhed (den mulige koncernmoder) overfører ofte aktiver til SPE'en, opnår mulighed for at benytte disse aktiver eller at forsyne SPE'en med services, medens en tredjepart finansierer SPE'en, jf. SIC 12.2.

4.3.5.9.3 Kontrolrelationen mellem den mulige koncernmoder og SPE-enheden
Kontrolligningen i SIC 12-sammenhæng adskiller sig fra den i IAS 27 (2008)-standarden, der som beskrevet vægter elementet magt ("power") højt som eet af to afgørende elementer.

I SIC 12-sammenhæng er den afgørende – men ikke nødvendigvis den eneste - faktor eksponeringen for risici og afkast ("risk/reward").

SIC 12 fortolkningen anviser således fire eksempler på relationer, hvor kontrol muligt *kan* ("may") bestå. De fire eksempler på relationer er således ingenlunde udtømmende, ligesom forekomsten af én eller flere af de fire situationer ikke nødvendigvis indebærer kontrol.

De fire relationer vedrører SPE'ens aktiviteter, magten til at tage beslutninger ("decision-making power"), rettigheder i forhold til opnåelsen af fordele ("benefits") og eksponeringen for risici.

Fælles for alle 4 kontrolindikationer er, at de indledes med ”in substance”. – Herefter kan ingen tvivl bestå om, at de reelle økonomiske forhold tillægges væsentlig betydning,⁶¹ og at anvendelsen af disse kontrolindikationer forudsætter et grundlæggende og omfattende kendskab til parterne selv, parternes indbyrdes relationer og parternes aktiviteter, ligesom betydningen af den ”faktiske” kontrol er hele bestemmelsens præmis.

Analysen indeholder således i mange (men ikke alle) henseender lighedspunkter med den cui bono-tænkning,⁶² som ses inden for helt andre juridiske områder, og/eller elementer fra den erhvervsøkonomiske cost-benefit-analyse.

Væsentlig er det imidlertid at erindre, at nok indeholder SIC 12 en udvidelse af IAS 27 (2008) de facto-kontrolbegrebet med henblik på at imødegå omgåelse af konsolideringskrav i forhold til at strukturere virksomhedsgrupper, hvori indgår SPE-virksomheder, men kontrolbegrebet er også i SIC 12 sammenhæng lig udgangspunktet i IAS 27 (2008) kontrolligningen: kontrol = ”power to govern the financial and operating policies of an entity so as to obtain benefits from its activities”. Hverken mere eller mindre.

4.3.5.9.4 SPE’ens aktiviteter – SIC 12.10.a

Når, i substansen, SPE’ens aktiviteter gennemføres på den initierende virksomheds (den mulige concernmoders) vegne og under hensyntagen til dennes egne forretningsmæssige behov, og sådan at den initierende virksomhed (den mulige concernmoder) opnår fordelene ved SPE’ens aktiviteter, foreligger der indikation for en kontrolrelation.

Dette antages f.eks. at være tilfældet, når en SPE fremskaffer og til concernmoder stiller kapital til rådighed for dennes drift og investeringer.

Ligeledes foreligger indikation for kontrolrelation i denne henseende, når en SPE tilvejebringer varer eller serviceydelser, som indgår i concernmoderens kerneaktiviteter, og når en sådan tilvejebringelse af varer eller tjenesteydelser i fravær af en SPE ville være sket inden for concernmoderens eget regi.

4.3.5.9.5 Beslutningskompetence – SIC 12.10.b

Når, i substansen, den initierende virksomhed (den mulige concernmoder) har magt (”power”) til at skaffe sig flertallet af fordelene, der stammer fra SPE’ens drift, eller når den initierende virksomhed (den mulige concernmoder) har etableret en ”auto-pilot”-relation og dermed har opnået magt over beslutningstagning i virksomheden ved delegation, antages at foreligge en indikation for kontrolrelation.

⁶¹ Se nærmere herom i Jan Fedders og Henrik Steffensen i Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder - fra dansk praksis til IFRS, 3. udgave, side 504 ff.

⁶² I den tidligere FASB US-GAAP pendant FIN 46R anvendtes terminologien ”primary beneficiary” om concernmoderen.

En SPE-virksomhed bliver i overensstemmelse hermed en koncerndatter, når en initierende virksomhed (den mulige koncernmoder) har magt til at kontrollere eller at opnå kontrol over denne eller dens aktiver. En sådan magt ("power") opnås ofte ved en aftale, hvis indhold baseres på, at magten ophører automatisk på et givent tidspunkt, eller når nærmere angivne begivenheder indtræder.

En sådan magt kan f.eks. manifestere sig i magten over beslutninger såsom magt til på egen hånd at opløse en SPE, magt til at ændre en SPE's vedtægter eller magt til at nedlægge veto mod ændring af en SPE's vedtægter.

4.3.5.9.6 Fordele – SIC 12.10.c

En SPE-virksomhed formodes at være en koncerndatter, når den initierende virksomhed (den mulige koncernmoder), i substansen, har retten til at opnå en overvægt af de fordele, der er forbundet med SPE'ens aktiviteter.

En sådan rettighed har de jure-karakter og kan baseres på en vedtægt, en kontrakt eller enhver anden foranstaltning, som indebærer en juridisk rettighed.

Eksempler på sådanne fordele kan være retten til en forholdsmæssig flerhed af de økonomiske fordele, der følger af SPE'ens aktiviteter i form af fremtidige indtægter, nettoaktiver, "net cash flows" eller andre økonomiske fordele. F.eks. kan en mulig koncernmoder alene eje 40 % af ejerandelene i en SPE-virksomhed, men i kraft af aftale have ret til en andel på mere end 50 % af SPE'ens udlodninger og nettoaktiver.

Sådanne fordele antages ofte også at have karakter af en rettighed til "residual interests" forstået som de aktiver, der er tilbage, når øvrige forpligtelser er dækket.

De omhandlede fordele beror dog ikke alene på økonomiske forhold af den ovenfor beskrevne karakter. Driftsmæssige fordele og risici må tillige indgå i vurderingen af de samlede fordele, som kan tilgå den initierende virksomhed (den mulige koncernmoder). I forbindelse med sådanne driftsmæssige forhold kan f.eks. indgå indtægter for ydelser og reducerede låneomkostninger, og fordelene kommer dermed til at kunne materialisere sig både i forbindelse med egentlige indtægter og reducerede omkostninger.

Med retten til en flerhed af de økonomiske fordele i forbindelse med en SPE-virksomhedsdrift følger også eksponeringen for risici forbundet med SPE'ens aktiviteter. Risici af betydning for denne sammenhæng kan f.eks. være valutakursudsving, renteudsving, prisudvikling på f.eks. fast ejendom eller andre aktiver og kreditirisici.

Når sådanne finansielle risici skal vurderes, sker det ikke alene i forhold til absolutte værdier, men væsentligt også i forhold til den grad af variabilitet, som kan influere på risiciene.

4.3.5.9.7 Risici – SIC 12.10.d

I tilfælde, hvor en initierende virksomhed (den mulige koncernmoder), i substansen, bærer størstedelen af en ejers risici i tilknytning til en SPE-virksomhed eller dens aktiver med henblik på at opnå fordelene ved dens aktiviteter, foreligger koncernindikation.

I modsætning til de ovenfor under SIC 12.10.c nævnte risici, der i hovedsagen vedrører driftsmæssige risici hos SPE'en, er der i denne sammenhæng tale om de grundlæggende risici, som almindeligvis ses knyttet til ejerstatus.

Det er således nødvendigt i denne sammenhæng at vurdere samtlige risici, som knytter sig til samtlige med SPE'en kontraherende parter for at kunne kortlægge en sådan eventuel kontrolindikation.

Ofte beror kontrolindikationen på et set-up, hvor den initierende virksomhed (den mulige koncernmoder) yder en direkte eller indirekte sikkerhed til investorer, der bidrager med den væsentlige del af SPE'ens kapital. En sådan sikkerhedsstillelse medfører grundlæggende, at sådanne andre investorer reelt optræder som långivere, fordi deres eksponering for både gevinst og tab er begrænset.

Kontrolindikation foreligger i denne sammenhæng f.eks., når sådanne andre financers ikke har en væsentlig interesse i SPE-virksomhedens netto-aktiver, ikke har ret til at modtage SPE-virksomhedens fremtidige økonomiske resultater, ikke substantielt er eksponeret for risici i forbindelse med SPE-virksomhedens nettoaktiver eller drift, og i øvrigt i hovedsagen blot modtager "betaling", der har karakter af en långivers indtægter i forbindelse med et låneforhold.

4.3.5.9.8 "Siloer"

En særlig gruppe af SPE'ere er de såkaldte "siloer". "Siloer" er ikke i juridisk henseende selvstændige enheder, men kan udgøres af en gruppe sammenhørende aktiver med en selvstændig profil tilhørende én juridisk enhed eller en gruppe af enheder, der indgår i en fælles struktur ("multi-cellular structures").

Konsekvensen heraf er, at SIC 12 kan "gribe" aktiviteter eller aktiver, der indgår i ("hosts") andre juridiske enheder ("host entities") og dermed medføre konsolidering af aktiviteter, der – i juridisk henseende – henhører under andre

enheder. Et eksempel herpå kunne være en R&D-aktivitet eller et outsourcing arrangement.⁶³

”Siloer” udgør dermed en – set i dansk perspektiv – ganske vidtgående udmøntning af begrebet ”dattervirksomhed”. Logikken er imidlertid i god overensstemmelse med den tænkning, som ligger til grund for udviklingen af regnskabsstandarder: at vise en økonomisk enhed beroende på ”substansen” – eller den økonomiske realitet.

4.3.5.9.9 Et eksempel på anvendelsen af de facto kontrol-begrebet under SIC 12 SPE-virksomheden, der kontrolleres, jf. kontrol-indikationerne i SIC 12, indeholder ofte leasing-aktiviteter eller finansielle aktiver. Således er sale-and-lease-back arrangementer almindelige, hvor f.eks. en fast ejendom sælges af den initierende virksomhed (den mulige koncernmoder) til SPE-virksomheden, hvorefter SPE-virksomheden udlejer ejendommen til koncernmoderen (operationel leasing).

Eksempel:⁶⁴

En SPE-virksomhed køber et fly fra producenten A. Købet finansieres af et banklån på sædvanlige vilkår. SPE-virksomheden udlejer flyet til virksomhed B, der er et luftfartsselskab, for en periode på 15 år. Efter denne periodes udløb har virksomhed B en option på at kunne købe flyet på markedsmæssige vilkår eller at leje flyet for en yderligere periode på 5 år på samme hidtidige vilkår. Flyet har en økonomisk levetid på 20 år. Virksomhed A indestår for flyets restværdi efter år 15, og SPE-virksomheden garanteres dermed at kunne betale restværdien på banklånet, såfremt virksomhed B måtte beslutte at købe flyet.

Virksomhed B skal dermed konsolidere SPE-virksomheden ud fra følgende betragtninger:

Virksomhed B kontrollerer SPE-virksomheden, idet B har muligheden for at opnå alle økonomiske fordele ved den driftsmæssige brug af flyet.

Virksomhed B har magten til at styre den daglige udnyttelse af flyet og opnå fordelene ved en sådan drift, selvom B er sikret mod værditab på flyet. B kontrollerer også de væsentlige økonomiske beslutninger, der må træffes omkring SPE-virksomheden, herunder om SPE-virksomheden ophører efter 15 eller 20 år. SPE-virksomheden kører på ”autopilot”.

Virksomhed A bærer risikoen for et uventet fald i flyets værdi, men kontrollerer ikke anvendelsen af flyet i lejeperioden og bestemmer heller ikke, om flyet skal sælges efter den første lejeperiode på 15 år. Virksomhed A er eksponeret for

⁶³ Se nærmere herom i PWC, SIC12- and FIN 46R – The Substance of Control, side 7 og side 12.

⁶⁴ Efter inspiration fra PWC, Manual of Accounting, IFRS 2013 – volume 2, side 24040 ff.

risikoen vedrørende flyets værdi efter 15 år, men skal ikke konsolidere SPE-virksomheden.

Pengeinstituttet har ikke kontrol over flyets anvendelse. Banken får en forretningsmæssig forrentning af sit udlån og får ikke del i SPE-virksomhedens resultat.

4.3.6 Opgørelsen af stemmerettigheder

Ved opgørelsen af stemmerettigheder i IAS 27 (2008)-sammenhæng skal hensyn tages til direkte såvel som indirekte ejede (jf. IAS 27.13 (2008)) eller til rådighed værende stemmerettigheder som til potentielle stemmerettigheder.

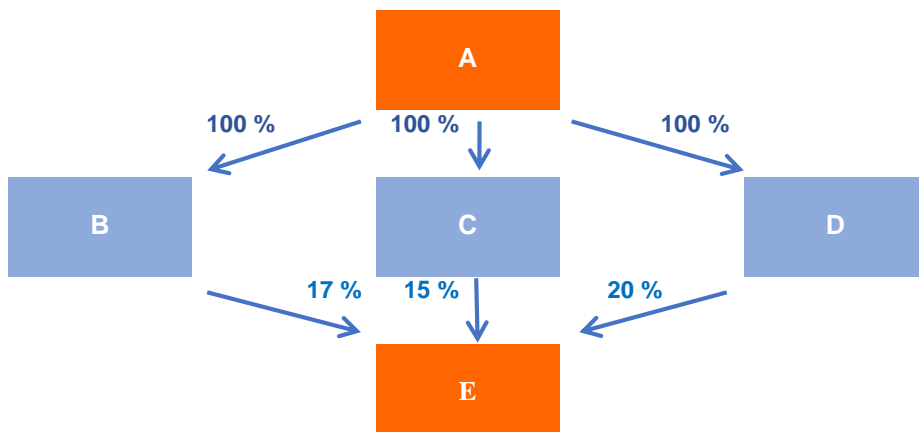
4.3.6.1 Direkte og indirekte kontrol

”Direkte” ejerskab foreligger i sagens natur, når koncernmoder er nærmeste ”moder” for koncerndatter.

Imidlertid ejer en koncernmoder ofte sine stemmerettigheder gennem en mellemliggende koncerndatter, og i en sådanne tilfælde består dermed et ”indirekte” ejerskab. Den ultimative koncernmoder skal herefter indregne sådanne stemmerettigheder hos den mellemliggende koncernvirksomhed som ”sine” stemmerettigheder, hvorefter den ”lavest beliggende” koncerndatter i koncernhierarkiet udgør den pågældende koncernmoders koncerndatter.

Situationen kan illustreres ved følgende eksempel:

Figur 4.3: Indirekte ejerskab af stemmerettigheder IAS 27 (2008)



E er herefter koncerndatter af A, idet A via sit ejerskab til stemmerettigheder i B, C og D ejer 52 % af stemmerettighederne i E.

4.3.6.2 Potentielle stemmerettigheder

Eksistensen af potentielle stemmerettigheder i form af f.eks. tegningsoptioner eller konvertible obligationer, hvis udnyttelse vil medføre besiddelse af flertallet af stemmerettigheder og dermed magten over driftsmæssige og finansielle politikker, udgør en væsentlig faktor i den ”matematik”, der skal afgøre, om kontrolindikation foreligger, jf. IAS 27.14 (2008).

Uanset, at stemmerettighederne i en juridisk sammenhæng først beror hos indehaveren af f.eks. en aktieoption, når optionen udnyttes, vil allerede det forhold, at muligheden for at udnytte optionen foreligger, medføre kontrol, idet indehaveren af en sådan option vil have en magt til at nedlægge veto og en magt til at kontrollere driftsmæssige og finansielle politikker i den mulige koncerndatter.

Bestemmelsen anses for opfyldt, uanset at sådanne potentielle stemmerettigheder beror hos andre enheder indtil en mulig koncernmoders udnyttelse af optionen.

Jan Fedders og Henrik Steffensen argumenterer for, der i IAS 27 (2008) skulle bestå en reguleringsmæssig modstrid mellem det faktum, at udgangspunktet om den blotte tilstedeværelse af en anden parts ret til at overtage kontrollen i form af potentielle stemmerettigheder på den ene side skulle anses som problematisk i

forhold til den tidligere beskrevne de facto-kontrol jf. IASB Update, October 2005, på den anden side.⁶⁵

Synspunktet synes at bygge på den antagelse, at stemmerettigheder skulle have forskellig ”kaliber” i forhold til, om der er tale om udøvede eller potentielle stemmerettigheder.

Dette kan ikke tiltrædes ud fra det allerede nævnte om, at IAS 27 (2008) bygger på muligheden (”ability”) for at kunne kontrollere – ikke at kontrol faktisk udøves.

I den oprindelige (men ikke danske) tænkning af IAS 27 (2008) har den faktiske udøvelse af kontrol ingen forrang for muligheden for at kontrollere, jf. argumentationen også i denne afhandlings tidligere afsnit ”Passiv kontrol eller udøvelse af kontrol?”

Det beskrevne synspunkt har været en kilde til intense drøftelser blandt brugerne af IAS 27 (2008). En sådan tvivl må nu være ryddet af vejen med fremkomsten af IFRS 10, hvori ”the ability approach” har fået en fremtrædende placering i såvel formulering som i de til standarden knyttede vejledninger.

Det forudsættes, at kontrolindikation med baggrund i potentielle stemmerettigheder alene opstår i forbindelse med potentielle stemmerettigheder, der er knyttet til papirer, hvor konvertering eller udnyttelse aktuelt kan ske, jf. IAS 27.14 (2008).

Bestemmelsen angiver i denne sammenhæng eksplicit den mulighed, at potentielle stemmerettigheder ikke kan medregnes i tilfælde, hvor udnyttelse af option eller konvertering nødvendigvis må afvente en bestemt dato eller en bestemt begivenheds fremtidige indtræden.

Med inspiration fra IAS 27 (2008) illustreres ovenstående ved følgende eksempel.⁶⁶

Virksomhederne A, B og C ejer henholdsvis 40 %, 30 % og 30 % af stemmerettighederne i virksomhed D. Virksomhed A er tillige indehaver af en call-option på yderligere 20 % af stemmerettighederne. Optionen kan udnyttes på ethvert tidspunkt og på markedsmæssige vilkår. Ved A’s udnyttelse af optionen, reduceres B og C’s ejerandele med hver 10 % af stemmerettighederne.

⁶⁵ Årsrapport efter internationale regnskabsstandarde – fra dansk praksis til IFRS, 3. udgave, side 507.

⁶⁶ IG8 (implementation guide, punkt 8).

Alene den blotte eksistens af optionen, der altså kan udnyttes på ethvert tidspunkt og i øvrigt på markedsmæssige vilkår, vil medføre, at virksomhed A kontrollerer virksomhed D.

IAS 27.15 (2008) angiver, at alle omstændigheder og fakta skal inddrages i vurderingen af, hvorvidt potentielle stemmerettigheder skal medregnes, og at alle omstændigheder og fakta i denne sammenhæng ikke skal betragtes som isolerede elementer men snarere skal indgå i en samlet vurdering, hvori kombinationen af sådanne elementer er det centrale.

IAS 27.15 (2008) indeholder kun ringe vejledning i forhold til vurderingen af potentielle stemmerettigheders egnethed til at føre til kontrolindikation, om end en vis både positiv og negativ afgrænsning er anført.

I forhold til en negativ afgrænsning fører bestemmelsens ordlyd til, at hverken hensigterne hos indehaveren af en option eller konvertibel obligation om udnyttelse eller konvertering af den pågældende rettighed eller den økonomiske formåen hos en sådan indehaver af sådanne rettigheder influerer på ”matematikken”. Den blotte tilstedeværelse af sådanne rettigheder er i denne sammenhæng tilstrækkelig til kontrolindikation.

Med inspiration fra IAS 27 (2008) – IG8 kan ovenstående illustreres ved følgende eksempel:

Virksomhederne A, B og C ejer hver 33 % af stemmerettighederne i virksomhed D. Virksomhederne A, B og C har alle ret til at udpege 2 bestyrelsesmedlemmer i virksomhed D. Virksomhed A har tillige call-optioner, der kan udnyttes på ethvert tidspunkt og til en fastlagt pris. Virksomhed A's ledelse har imidlertid ingen intentioner om at udnytte optionen – ej heller såfremt virksomhederne B og C måtte stemme anderledes på generalforsamlingen end virksomhed A.

Ved afgørelsen af, om kontrolindikation foreligger, vil der ikke ske hensyntagen til virksomhed A's hensigter i forhold til udnyttelsen af optionen. Virksomhed A's mulighed for at kunne udnytte optionen og derigennem opnåelse af kontrol over virksomhed D indikerer, at virksomhed D er koncerndatter i forhold til virksomhed A.

I forhold til en positiv afgrænsning anses derimod de vilkår, hvorpå udnyttelsen af optionen eller konvertering af obligationen skal ske, at have betydning for kontrolindikation. Måtte vilkårene for udnyttelse eller konvertering være af en karakter, hvorefter indehaveren af en sådan option eller obligation måtte antages at ville afstå fra udnyttelse af optionen eller konvertering af obligationen, anses rettigheden for at være uden økonomisk substans, hvorfor stemmerettigheder

knyttet til sådanne optioner eller obligationer udelades af beregningen af stemmerettigheder.

4.3.7 Konkurrerende og akkumulerede kontrolindikationer

Selv når en mulig koncernmoder måtte eje mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, vil det i en række tilfælde være nødvendigt at vurdere andre virksomheders kontrolpotentiale med henblik på at afgøre, hvilken virksomhed der reelt kontrollerer og dermed skal udarbejde konsoliderede regnskaber. Kontrol opstår ofte i en kombination af de i dette afsnit beskrevne elementer, hvorved både arten og ”vægten” af den enkelte kontrolindikation må indgå i en samlet afvejning.

Når mere end én virksomhed umiddelbart fremstår som kontrollerende, efter at den fornødne vurderingsprocedure er gennemført, følger det af IAS 27 (2008), at der enten slet ikke foreligger en kontrollerende koncernmoder, eller at den reelt kontrollerende koncernmoder må antages at være den, der i praksis kontrollerer. Sidstnævnte antagelse fremgår ikke eksplicit af selve IAS 27 (2008)-standardens formulering, men lægges til grund i praksis.

Hvor muligheden for at kontrollere således i udgangspunktet er tilstrækkelig, gælder en særlig antagelse om, at der i tilfælde af konkurrerende kontrolindikationer gælder et princip om den faktiske udøvelse af kontrols fortrin frem for den mulige kontrol.⁶⁷

I SIC 12 sammenhæng har ”risk-/reward” elementerne været omdiskuterede i flere sammenhænge, og i praksis har bestemmelserne været anvendt med stor forskellighed.

Blandt de væsentlige spørgsmål har været den indbyrdes vægtning af på den ene side SPE-virksomhedens formål (SIC 12.10.a) og beslutningsmæssig magt (SIC 12.10.b) og på den anden side fordele (SIC 12.10.c) og risici (SIC 12.10.d) i den vurdering, der skal udarbejdes med henblik på afklaring af kontrolindikation efter SIC 12.

IFRIC konkluderede i 2006, i tråd i øvrigt med hvad ovenstående i dette afsnit er beskrevet i forhold til IAS 27 (2008)-standard, at nogen indbyrdes rangorden for de fire kontrolindikationer ikke kan opstilles i de tilfælde, hvor de enkelte kontrolindikationer isoleret set måtte pege på forskellige – eller ingen – mulig koncernmoder. Konklusionen fra IFRIC blev udformet som følger:

”In conclusion, the staff believes that, in determining who has control over an SPE, all factors that are relevant in determining whether the two components of

⁶⁷ Se PWC, Manual of Accounting IFRS 2013 – volume 2, punkt 24.68, side 24022.

control exist should be considered. The staff acknowledges that, since facts vary case-by-case, it would not be appropriate to conclude if any of the indicators set out in paragraph 10 of SIC 12 carry greater weight. It depends on the relevant facts and circumstances”.⁶⁸

4.4 IFRS 10-standardens koncernbegreb

4.4.1 Bevæggrunde for den nye IFRS 10-standard

Med den stigende udbredelse og anvendelse globalt af IASB-standarderne bredte der sig i IASB-organisationen en erkendelse af, at konsolidering med afsæt i IAS 27 (2008)-standarden og tilhørende SIC 12-fortolkning skete med en uacceptabel grad af uensartethed.⁶⁹

Allerede i 2003 påbegyndte organisationen derfor det arbejde, der i 2011 førte til præsentationen af den nye IFRS 10-standard om konsoliderede regnskaber, som pr. 1. januar 2013 erstattede IAS 27 (2008) med tilhørende SIC 12.

Særligt to forhold er på det overordnede niveau bemærkelsesværdige i forbindelse med overgangen fra IAS 27 (2008) til IFRS 10:

For det første er IFRS 10 i langt højere grad en principbaseret standard, hvor vægten ikke er lagt målbare bestemmelser ("bright-lines"), men i stedet på anvisning af metoder til korrekt anlagte undersøgelser af, hvornår relationerne inden for en virksomhedsgruppe har en karakter, der kræver udarbejdelse af konsoliderede regnskaber.

Vægten lægges dermed i endnu højere grad end under IAS 27 (2008)-regimet på substansen af relationen mellem virksomhedsgruppens virksomheder end på matematiske opregninger af stemmerettigheder mv.

Som nævnt ovenfor under omtalen af IASB Update, October 2005, stod det i forvejen klart, at afgørelsen af koncernspørgsmålet efter IAS 27 (2008) var et spørgsmål for specialister med den videst mulige adgang til viden om virksomhedernes forhold; med IFRS 10 gør dette sig i endnu højere grad gældende, idet en given undersøgelse for koncernindikationer i princippet først er korrekt gennemført, når alle muligheder for kontraindikationer er belyst.

⁶⁸ IASB, IFRIC Meeting May 2006, London, Information for Observers, punkt 15.

⁶⁹ Se også Erland Kvaal og Chrisopher Nobes, *International Differences in IFRS Policy Choice: a research Note*, Accounting and Business Research, Vol. 40, No. 2, side 173-187, 2010, hvori påvises, at anvendelsen af IFRS-standarderne på en række parametre udviste store forskelle begrundet i forhold som nationale regler og forskellige praksis inden for gruppen af større revisionsfirmaer ("The Big 4").

F.eks. vil konstatering af ejerskab til flertallet af stemmerettigheder alene kunne udelukke behovet for undersøgelse af kontraindikationer for koncernrelation, hvor virksomhedernes relationer i øvrigt er gennemsigtige og ukomplicerede.

Med andre ord er standardens udformning af en karakter, der forudsætter undersøgelser af de store mængder af – ofte fortroligt – materiale, som netop foreligger i forbindelse med regnskabsudarbejdelse, medens afgørelsen af spørgsmålet om koncernrelation bliver vanskeliggjort for den interessent, der ikke har en sådan adgang til det nævnte materiale.

For kreditorer, medarbejdere, mindretalsejere og andre interessenter bliver efterprøvelsen af koncernrelationen efter den nye standard i realiteten ikke mulig i det tilfælde, hvor koncernrelationen ikke fremstår åbenbart.

Heri ses en indbygget konflikt i standarden, idet standarden forudsættes netop at lægge vægt på relationernes substans, herunder også kontraktsmæssige relationer. – I tilfælde, hvor en ekstern medkontrahent eller en minoritetsejer, der måtte have et behov for at matche sin ”kontrol” op mod andre mere gennemsigtige indehavere af ”kontrol”, f.eks. med baggrund i stemmerettigheder med henblik på at afdække det ultimative kontrolforhold, ses en kilde til usikkerhed om den korrekte konsolideringsprocedure.⁷⁰

For det andet cementeres det forhold nu yderligere, at der til grund for IASB-standardernes krav om konsoliderede regnskaber særligt ligger hensynet til kapitalmarkedet; i standarden introduceres som gennemgående subjekt (koncernmoder) ”investor” og som objekt (koncerndatter) ”investee”, hvilken terminologi også vil blive anvendt i denne afhandling.

Ganske vist defineres ”parent” og ”subsidiary” fortsat til brug for kontroldefinitionen, men de gennemgående parter (den potentielle koncernmoder og den potentielle koncerndatter) ses nu i standarden gennemgående betegnet som ”investor” og ”investee”.

Med IFRS 10 er indført eet – og kun eet – konsolideringskriterium: Kontrolmodellen efter moder-/datterprincippet (”controlling entity model”) jf. hvad i afsnit 4.2.4 er anført herom.

⁷⁰ Spørgsmålet herom blev rejst på en IFRS work-shop i Amsterdam 2013. Indstillingen fra IASB-organisationen er klar, idet Alan Teixeira, senior director, technical activities, IASB, svarede som følger: ”If you can’t get the books, you probably don’t control”. Implikationen af dette udsagn må herefter være, at momentet ”adgang til informationer” tillægges en selvstændig betydning i vurderingen af kontrol, hvilket understøttes af standardens punkt IFRS 10.B23, hvorefter det er en substantiel rettighed for en investor at have adgang til de fornødne oplysninger.

I de indledende processer analyserede organisationen tre modeller og kombinationer heraf: ”a controlling entity model”, ”a common control model” og ”a risks and rewards model”, jf. også afsnit 4.2.4.

(For) forenklet sagt repræsenterer ”controlling entity model”, hvad der i øvrigt ofte betegnes som den vertikale koncern, hvor en koncernmoder udarbejder konsoliderede regnskaber, der inkluderer både koncernmoder og koncerndøtres tal, medens ”a common control model” ofte betegnes som den horisontale koncern, hvori indgår tal fra virksomhedsgruppens medlemmer, og hvor der ingen koncernmoder findes.

Endelig kendes ”a risks and rewards model” fra den tidligere SIC 12-model, som er beskrevet i afsnit 4.3.5.9, og hvor kriteriet for konsolidering er det forhold, at en koncerndatters aktiviteter direkte influerer på residual-virksomheden (koncernmoderens) forhold.⁷¹

At valget faldt på en eenstrengt model efter ”a controlling entity model”-princippet begrundes af organisationen som følger:

”The boards’ preliminary view is that the risk and rewards model does not seem to provide a conceptually robust basis for determining the composition of a group entity. The basic idea is so broad that, in order to place what seem like reasonable and necessary limits on which entities should be included in the group, it would be necessary to develop criteria that would involve drawing some bright lines, such as the minimum level of exposure to risks and/or rewards. Although applying the controlling entity model might sometimes result in bright lines being drawn at the standards level, the concept itself is much more definitive – a control relationship either exists or it does not. The fact that there can be difficulties in practice determining whether the power element of control exists does not negate this conclusion at the conceptual level. In the board’s view, this is similar to difficulties in determining whether an asset or liability exists. In contrast, the risks and rewards model seems to require bright lines to be drawn at the conceptual level, which the board found undesirable”.

Om fravalget af ”common control model” som grundlag for konsolidering anførtes som følger:

”However, the common control model is likely to be less familiar to constituents”.⁷²

⁷¹ Se nærmere afsnit 4.2.4, hvor traditionelle kontrol-modeller i den angelsaksiske regnskabstradition analyseres.

⁷² Information for Observers World Standard Setters Meeting, September 2007, London, side 6 ff.

Begrundelsen afspejler dermed det faktum, at horisontale koncerner har været fremmede for konsolidering i størstedelen af den angelsaksiske regnskabstradition, uagtet at horisontale koncerner i andre dele af verden, herunder i dele af det kontinentaleuropæiske område, har været gjort til genstand for konsolidering.

(Det bemærkes i tilknytning hertil, at den regnskabsmæssige behandling af ”joint arrangements” som samlebetegnelse for ”joint operations” og ”joint ventures”, begge med ”joint control”, nu reguleres af IFRS 11-standarden).

Indførelsen af et eenstrengt kontrolbegreb i IFRS 10 har nødvendiggjort et væsensforskelligt kontrolbegreb, der også favner konsolideringsbehov i tilfælde, der tidligere var dækket af SIC 12, eller som kun implicit fremgik af standarden.

IFRS 10 standarden definerer kravene til anvendelse af det nye kontrolbegreb i forhold til i alt 7 scenarier, hvoraf særligt fire er relevante for denne afhandlings emne:⁷³

- når stemmerettigheder eller lignende rettigheder giver en investor magt (”power”), herunder også når investor har mindre end flertallet af stemmer, og når der er tale om potentielle stemmerettigheder.
- når investee (koncerndatter) er indrettet sådan, at stemmerettigheder ikke er afgørende for ”magt”, f.eks. når stemmerettigheder alene angår administrative forhold, og når relevante aktiviteter styres af kontraktmæssige forhold.
- når der foreligger principal-/agentrelationer.
- når investor har kontrol over særlige aktiver hos investee (”siloer”).

De enkelte ændringer i IFRS 10-kontrolbegrebet er genstand for analyse i de efterfølgende afsnit. På dette sted skal for overblikkets skyld alene anføres som følger:

I IAS 27 (2008) var magten til at styre finansielle og driftsmæssige beslutninger nøglen til forståelsen af kontrolbegrebet, medens ”risks and rewards” (risici og afkast) lå til grund for konsolidering efter SIC 12 fortolkningsbidraget.

I IFRS 10 er som nævnt ovenfor alene kontrol et konsolideringskriterium. Men det nye kontrolbegreb forudsætter, at kontrol opstår i kraft af mange andre mulige faktorer end muligheden for at styre driftsmæssige og finansielle politikker.

⁷³ A Guide through IFRS, part A, the Conceptual Framework and Requirements, July 2012, side A 398, punkt IN 9.

I stedet fokuseres på investors vurdering af sine rettigheder i forhold til at styre de relevante aktiviteter, og i ingen sammenhæng er eksponering for risici og afkast per se udslagsgivende for, at der foreligger kontrol.

Med IFRS 10 fremstår de facto-kontrol som en eksplicit mulighed, og standarden indeholder vejledning i forhold til vurderingen af forekomsten af en sådan de facto kontrol. Som det fremgik af det foregående kapitels gennemgang af IAS 27 (2008)-standardens, var en sådan de facto-kontrol også implicit, omend den ikke fremgik af standardens formulering, men alene af det omtalte IASB-nyhedsbrev fra oktober 2005.

IFRS 10 indeholder i modsætning til IAS 27 (2008) specifik stillingtagen til principal-/agentproblemstillinger.

4.4.2 Standardens anvendelsesområde og kilder

Standardens formål er at opstille principper for udarbejdelse og fremlæggelse af konsoliderede regnskaber i situationer, hvor en regnskabsmæssig enhed kontrollerer én eller flere enheder jf. IFRS 10.1.

Forståelsen af ”enhed” begrænses i denne sammenhæng ikke alene til en virksomhed, der er struktureret som en særskilt juridisk enhed. Den regnskabsmæssige enhed forstås i stedet som en omskrivning for en forretningsmæssig aktivitet, der har interesse for nuværende og potentielle investorer og kreditorer.⁷⁴

En ”enhed” kan således også udgøres af de såkaldte siloer, der blev beskrevet i afsnit 4.3.5.9, som en gruppe af aktiver med selvstændig profil inden for en virksomhed med andre tilsvarende aktiviteter.

IFRS 10 definerer sig således ikke i forhold til specifikke virksomhedsformer, men til den økonomiske realitet i relationen mellem enhederne og/eller ”ring-fenced” aktiver i form af siloer.

Grundtanken er fortsat, som også under IAS 27 (2008), at kontrol over en enhed er indirekte kontrol over dens aktiver og ressourcer. Derfor fastsætter standarden kravet om konsoliderede regnskaber, når en investor kontrollerer én eller flere investee-virksomheder, og princippet om kontrol som basis for konsolidering er fortsat nøglen til forståelsen af regnskabsstandardernes regnskabsmæssige koncernbegreb.

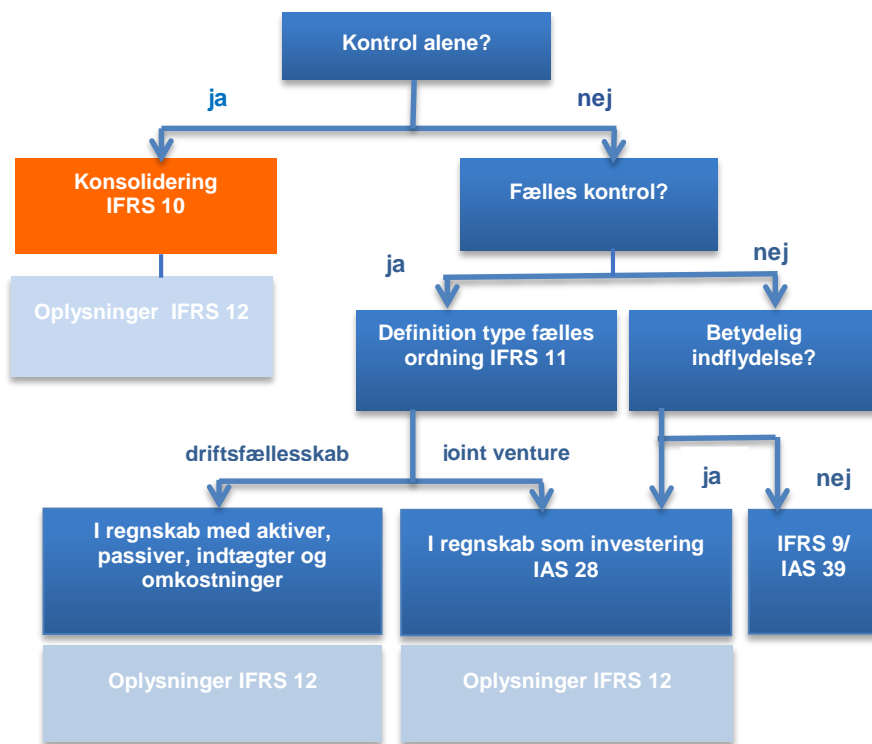
⁷⁴ Se nærmere i Information for Observers World Standard Setters Meeting, September 2007, London, side 3, punkt 8.

Standarden er udarbejdet med henblik på begrebsmæssigt at fastlægge IFRS 10-kontrolbegrebet og at give vejledning for benyttelse af kontrolprincippet, ligesom standarden angiver regnskabskravene for konsoliderede regnskaber i øvrigt, jf. IFRS 10.2.

Heraf konstateres standardens sande karakter af en standard – og ikke af et sæt regler efter bright line-princippet. Som det således fremgår, kvalificeres kravet om kontrol som et princip – og ikke som en regel eller lignende. Ligeledes betones i IFRS 10 betydningen af analyseprocessen med henblik på at udmønte princippet om kontrol.

IFRS 10-standarden indgår i en samlet pakke af standarder, der hver for sig omhandler den regnskabsmæssige behandling, når en virksomhed har varierende grad af indflydelse over én eller flere andre virksomheder.

Interaktionen mellem disse standarder kan beskrives som følger (med inspiration fra IASB-organisationens hjemmeside):

Figur 4.4: Interaktion mellem IFRS 10, 11, 12 og IAS 28⁷⁵

For IFRS 10-standarden gælder det, at der ud over IASB-organisationens sædvanlige trykte og elektroniske værker om standarderne, herunder især IFRS Consolidated without early application 2014, part A the Conceptual Framework and Requirements, og part B the Accompanying Documents, tillige af organisationen er offentliggjort referater fra møderne i de arbejdsgrupper, der har forberedt standarden, ligesom der efter aftale med organisationens kan rekvireres log-in til en række af de virtuelt afholdte arbejdsgruppemøder, der har været afholdt. Der er med andre ord – ud over de trykte værker – adgang til en righoldig og meget forskelligartet information fra organisationens hjemmeside.

I tillæg hertil har en række revisionsfirmaer udgivet publikationer, der ikke alene beskriver IFRS 10-standarden, men i tillæg hertil også anlægger komparative betragtninger i forhold til IAS 27 (2008)-standarden og i øvrigt i et vist omfang

⁷⁵ <http://www.ifrs.org/CurrentProjects/IASBProjects/Consolidation/ConsolidationDisclosure/Documents/InteractionbetweenIFRS101112.pdf> (senest besøgt 20. januar 2015).

formulerer nogle af de særstandpunkter, som den enkelte revisionsvirksomheder indtager i forhold til anvendelsen af IFRS 10.⁷⁶

På den baggrund kan det lægges til grund, at den nye standard og intentionerne med den er velbeskrevet, om end antallet af retsvidenskabelige fremstillinger af IFRS 10-standardens i monografier og/eller artikler er beskedent.

Praksis i henhold til IFRS 10-standardens er der imidlertid på nuværende tidspunkt ikke meget af, hvilket især beror på det faktum, at de fleste europæiske børsnoterede koncerner først anvendte standarden for regnskaber vedrørende regnskabsår med start 1. januar 2014 eller senere.

For den, der imidlertid har en klar bevidsthed om forskellene til IAS 27 (2008)-standardens og SIC 12-fortolkningen, vil en lang række aspekter af praksis i forhold til IFRS 10 være belyst af praksis vedrørende IAS 27 (2008)-standardens og SIC 12-fortolkningen.

For de indholdsmæssigt betydningsfulde ændringer fra IAS 27 (2008)-standardens og SIC 12 fortolkningen til IFRS 10 foreligger endnu ingen afgørelser, ligesom ændringerne kun ses udmøntet i regnskaber for det fåtal af koncerner, der som "early adopters" allerede fra 1. januar 2013 benyttede sig af IFRS 10-standardens.

4.4.3 Analysemæssige forudsætninger for konstatering af kontrol

I erkendelse af IFRS 10-standardens kompleksitet er i standardens indskrevet et krav om en art "forundersøgelse", som foretages før påbegyndelse af arbejdet med selve kontrolindikationen.

Standardens indeholder dermed en form for checkliste, hvis formål er at sikre, at brugeren af standarden tilvejebringer og strukturerer oplysninger om koncernvirksomhederne og ikke mindst de interne relationer mellem dem på en ensartet og regnskabsfagligt kvalificeret måde.

Standardens procedure for en sådan "forundersøgelse" skal ses i sammenhæng med kravet i IFRS 10.8 om, at en investor skal inddrage alle fakta og omstændigheder i vurderingen af koncernindikation.

En analyse af en mulig koncerndatters formål og måden, den er struktureret på, skal bidrage til en kortlægning af de såkaldte relevante aktiviteter (se nærmere herom i de efterfølgende afsnit) og herunder også spørgsmålene om, hvorledes beslutningstagning sker i forhold til sådanne relevante aktiviteter.

⁷⁶ Som eksempler herpå kan nævnes PWC's Manual of Accounting IFRS 2013, der udkommer hvert år i 2 bind, BDO's Need to Know IFRS 10 Consolidated Financial Statements, Deloitte's Clearly IFRS – Moving ahead in an IFRS world – A practical guide to implementing IFRS 10, Grant Thornton's Under Control? og E&Y's Challenges in adopting and applying IFRS 10, December 2013.

Ligeledes skal en sådan analyse levere svarene på, hvem der aktuelt har magten til at kunne tage beslutninger herom, og hvem der modtager det variable afkast af sådanne aktiviteter, jf. IFRS 10.B5.

Standarden foreskriver, at analysen kan begrænses til det nævnte punkt formål og struktur for investee i de situationer, hvor en sådan analyse godtgør, dels at magten beror på forvaltningsmæssige beføjelser med baggrund i stemmerettigheder hos en given investor, og dels at der ikke foreligger andre forhold, f.eks. aftaler, som ændrer på dette forhold, jf. IFRS 10.B7.

Implicit heri ligger også hensynet til afdækning af kontrolindikationer, der tidligere blev reguleret i fortolkningsbidraget SIC 12, og som i IAS 27 (2008)-regimet omhandlede kontrol over de såkaldte SPE-virksomheder, der udgør en delmængde af de virksomheder, som i IFRS 10-sammenhæng nu benævnes strukturerede virksomheder.

Såfremt kontrol efter analysen af formål og struktur for investee måtte vise sig ikke at bero på stemmerettigheder, må også følgende spørgsmål undersøges og besvares, alt jf. IFRS 10.B3.b-e:

- Hvori består relevante aktiviteter, og hvordan tages beslutninger herom?
- Har investor en aktuel mulighed for at styre de relevante aktiviteter?
- Er investor eksponeret for, eller har han ret til, variabelt afkast i kraft af sin forbindelse til investee?
- Har investor muligheden for at bruge sin magt over investee til at påvirke sit variable afkast?

Heri kan ikke indfortolkes nogen formodning for forrang for magt baseret alene på stemmerettigheder, men alene en konstatering af det udgangspunkt, som omtales nærmere nedenfor, nemlig at det ikke er en forudsætning for kontrolindikation, at magt faktisk udøves – forekomsten af magt er tilstrækkelig.

De enkelte elementer i ovenstående analyseres i de følgende afsnit.

4.4.4 Koncernen – the "Group"

Den definitoriske fastlæggelse af koncernen har indholdsmæssig ikke ændret sig i forhold til, hvad tidligere er anført om det tilsvarende begreb i IAS 27 (2008), hvorfor der henvises til afsnit 4.3.2 herom.

4.4.5 Koncernmoderen – "the Parent"

Når det kommer til den definitoriske fastlæggelse af koncernmoderen, indeholder IFRS 10 en ændring, som synes i god overensstemmelse med de generelle intentioner for standardens virkemåde, idet standarden nu ikke længere benævner

objektet for koncernmoderens kontrol som ”subsidiaries” – dattervirksomheder, men som ”entities”.

Idet der henvises til afsnit 4.3.3, hvor behandles begrebet ”entity”, som det er fastlagt i IASB’s Conceptual Framework (”an entity for which there are users who rely on the financial statements as their major source of financial information about the entity”), understreges det øgede fokus, som nu er på ”relationens substans” frem for koncerndatterens form, idet ”ring-fenced assets” – de såkaldte siloer – nu specifikt rummes inden for begrebet ”entity”.

Der henvises i øvrigt til afsnit 4.3.3 for yderligere om den definatoriske fastlæggelse af koncernmoderen.

4.4.6 Koncerndatteren – ”the Subsidiary”

Med baggrund i ovenstående bemærkninger kan det forekomme ulogisk, at ”subsidiary”-begrebet overhovedet fortsat defineres i standarden.

Når bortses herfra, kan det konstateres, at der i hovedsagen alene er tale om en sproglig ændring af bestemmelsen, og at en koncerndatter således fortsat defineres som en enhed, der kontrolleres af en anden enhed.

For nærmere herom henvises til afsnit 4.3.4.

4.4.7 Kontrol

En investorbegrebets virksomhed skal – uanset karakteren af sit forhold til en investee – afgøre, om den kontrollerer virksomheden, jf. IFRS 10.5.

Hvis to eller flere investorer i fællesskab har magten til at styre relevante aktiviteter, er der tale om et fælles kontrolleret arrangement, jf. IFRS 11, idet kun én investor kan kontrollere en virksomhed.

Standarden definerer ikke begrebet ”investor”,⁷⁷ men det lægges til grund, at investorbegrebet rækker bredt og i hvert fald længere end til ejerforhold (hvorfor den danske term ”deltagelse”, der indgår i EU IFRS 10-standardens er uheldig), hvilket allerede følger af det forhold, at investor begrebet skal dække også de situationer, som tidligere var dækket af SIC 12, og hvor der ikke var krav om ejerskab, ligesom standardens generelle betoning af relationens reelle økonomisk

⁷⁷ I praksis anvendes investorbegrebet om den virksomhed, der er pligtig at aflægge koncernregnskab (koncernmoder), medens investee anvendes om den potentielle koncerndatter. Se herom også Grant Thornton i Under Control?, A practical guide to applying IFRS 10 consolidated financial statements, august 2012.

substans som grundlag for konsolidering må føre til et sådant resultat. Et krav om ejerandele må derfor antages ikke at foreligge.⁷⁸

At forholdet til en investee skal vurderes bredt, fremgår af IFRS 10.8, jf. også ovenfor, hvoraf fremgår, at investor skal inddrage alle fakta og omstændigheder, når spørgsmålet om kontrolindikation afgøres.

Heraf følger tillige, at f.eks. en indehaver af mere end halvdelen af stemmerettighederne ikke i enhver situation vil have let ved at afgøre spørgsmålet om kontrolindikation, idet også spørgsmål om f.eks. aftaler med kunder, leverandører, finansieringskilder mv. skal inddrages.

Koncernindikationer er således ikke på forhånd klassificerede entydigt i nogen rangorden, hvorved bestemte koncernindikationer pr. automatik vil have større tyngde end andre kategorier af koncernindikationer eller for den sags skyld en samling af forskellige indikationer, der eventuelt tilsammen opnår større tyngde, når afgørelsen om koncernindikation skal afgøres.

En investor kontrollerer en investee, når investor er eksponeret for, eller har ret til, variable afkast som følge af sin forbindelse til investee, og når en investor har potentialet til at kunne påvirke et sådant afkast i kraft af sin magt over investee, jf. IFRS 10.6.

Kontrolbegrebets økonomiske karakter understreges af kontrolprincippet fokusering på eksponeringen for eller retten til variabelt afkast forud for fokusering på traditionelle forvaltningsmæssige beføjelser beroende på stemmerettigheder eller kontrol over organer, som jf. den tidligere IAS 27 (2008)-standards bright-lines var afgørende.

Det tidligere SIC 12 element med fokus på risici og afkast ("risk/reward") træder her tydeligt frem, omend en endnu bredere tilgang til spørgsmålet om variabelt afkast synes tilsigtet.

IASB-organisationen udtaler om elementet variabelt afkast som følger:

"The Board does not regard control and risks and rewards as competing models. The exposure to risk and rewards, or variable returns as it is expressed in IFRS 10, is an essential element of control.... However, a control-based model forces an investor to consider all its rights in relation to the investee rather than relying

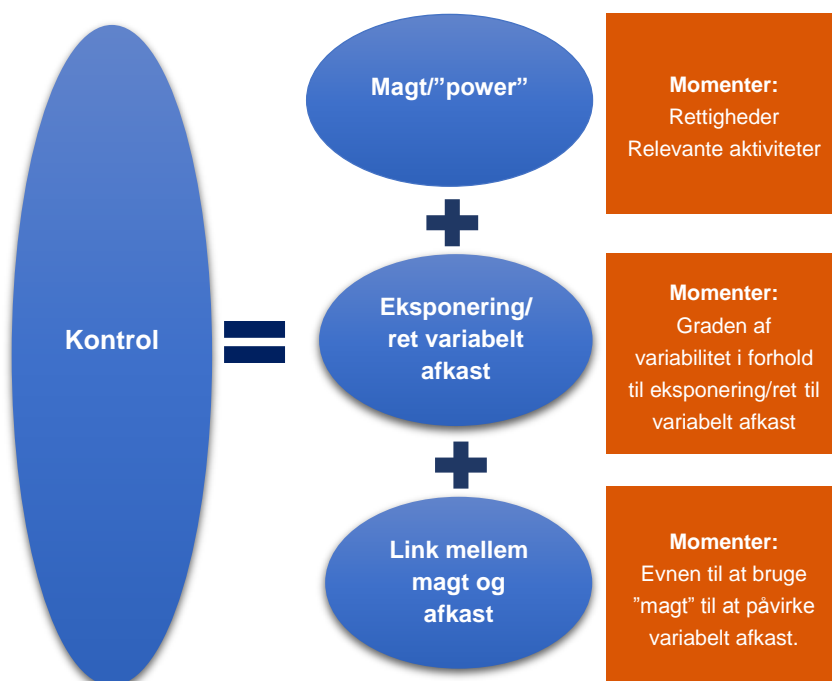
⁷⁸ Se også Henrik Parker og Michael Sten Larsen i IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, RR.2014.07.0014, side 1.

on arbitrary bright lines The Board believes that an investor will, generally, want to control an investee when it has significant economic exposure.....”⁷⁹

4.4.7.1 ”Kontrolligningen”

Med baggrund i den netop beskrevne IFRS 10.6 kan opstilles følgende ”kontrolligning” for IFRS 10-standarden:

Figur 4.5: IFRS 10-standardsens ”kontrolligning”



Som det fremgår af illustrationen i figur 4.5, indebærer kontrolbegrebet, at tre kumulative forudsætninger skal opfyldes: der skal foreligge magt, der skal foreligge eksponering for eller ret til et variabelt afkast, og ikke mindst skal der være et link, en årsagssammenhæng, mellem investors eksponering for eller ret til variabelt afkast og den magt, som en investor har.

⁷⁹ IFRS Consolidated without early application, Part B the accompanying documents, 2013, Basis for conclusions punkt BC 36, side B697.

4.4.7.2 Magt – "power"

For at opfylde betingelsen om magt, er det for en investor tilstrækkeligt at have magten; den faktiske udøvelse af den er ikke en nødvendig forudsætning ("to have the power"), jf. IFRS 10.10, og ordlyden af IFRS 10.12 "...has power even if its rights to direct have yet to be exercised".

Samme resultat kommer Henrik Parker og Michael Sten Larsen frem til: "Definitionen af råderet er baseret på muligheder (rettigheder), og derfor behøver råderet ikke at blive udnyttet for at påvirke kontrolvurderingen".⁸⁰

Det bemærkes dog hertil, at artiklens ligestilling i nævnte citat af "råderet" med "power" og "muligheder" med "rettigheder" nok med baggrund i en revisionsteknisk standard, men ikke ud fra en almindelig juridisk kvalificering af disse begreber, kan tiltrædes, hvilket illustrerer én af forskellene på standardernes karakter af netop revisionsteknisk standard og ikke lovbestemmelse.

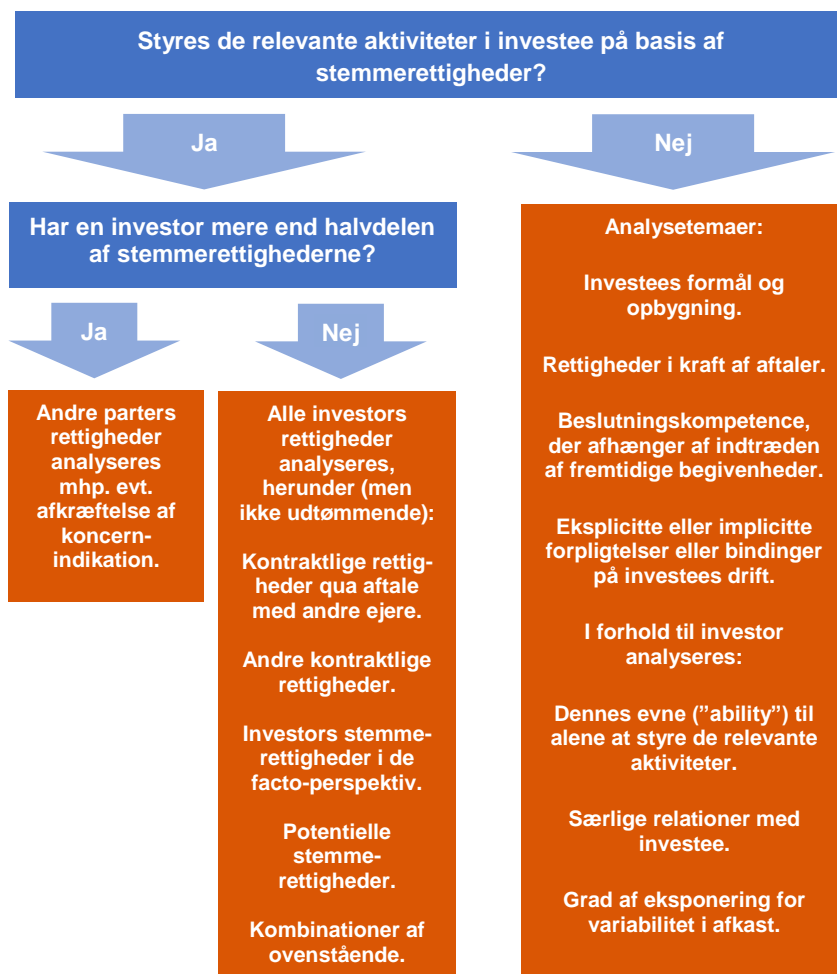
Omvendt kan det ejheller lægges til grund, at en investor, der tidligere har udøvet magt, også i den aktuelle situation har den; med andre ord forudsætter standarden en løbende stillingtagen til, om en investor har fået eller fortsat har magten.

Kun den magt tæller, som giver investor mulighed for at styre de relevante aktiviteter på det tidspunkt, hvor beslutningstagen i forhold hertil er påkrævet.

Processen i forhold til at afdække magtelementet i kontrolligningen kan illustreres som følger:

⁸⁰ IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, RR.2014.07.0014, side 2.

Figur 4.6: Analyse af investors magtforhold



4.4.7.3 Relevante aktiviteter

Med indførelsen af ”relevante aktiviteter”-begrebet i stedet for IAS 27 (2008)-standardens ”strategiske og finansielle politikker”-formulering, er der nu med ønsket om at opprioritere relationens økonomiske substans i kontrolvurderingen lagt op til, at investor forinden må gøre sig klart, hvad der under de konkrete omstændigheder må anses for væsentlige beslutningstemaer i virksomheden målt i forhold til netop dette at påvirke investors variable afkast, herunder også at identificere, hvorvidt beslutningsrettigheder i forhold til blot enkelte, men for det variable afkast centrale, spørgsmål foreligger.

IASB-organisationen begrundede overgangen til ”relevante aktiviteter”-kriteriet som følger:

”The Board decided to change the definition of control because even though power is often obtained by governing the strategic operating and financing policies of an investee, that is only one of the ways in which power to direct the activities of an investee can be achieved”.⁸¹

De relevante aktiviteter er dem, som væsentligt påvirker koncerndatterens resultat, jf. IFRS 10.10.

Standarden indeholder i IFRS 10.B11 en række eksempler på sådanne relevante aktiviteter:

- køb og salg af varer eller serviceydelser,
- forvaltning af finansielle aktiver,
- udvælgelse, anskaffelse eller salg af driftsmidler,
- styring af forskning i og udvikling af nye produkter eller processer, og
- valg af finansieringsstruktur eller fremskaffelse af finansiering.

Beslutninger vedrørende sådanne relevante aktiviteter ses f.eks. at manifestere sig ved udarbejdelse eller godkendelse af handlingsplaner og budgetter samt ansættelse, beslutninger om aflønning og afskedigelse af nøglemedarbejdere.

Når alene een investor har magt over relevante aktiviteter, kan opgaven med at afdække karakteren og betydningen af sådanne relevante aktiviteter umiddelbart synes simpel.

Imidlertid forekommer det i praksis, at flere investorer har magt over forskellige aktiviteter, der hver for sig fremstår som relevante aktiviteter, eller at der slet ikke kan identificeres relevante aktiviteter.

Mere indgående analyser må her iværksættes, ligesom vægtning af forskellige relevante aktiviteter må ske, således at netop de relevante aktiviteter kan identificeres, som mest afgørende påvirker investees performance.

Ultimativt kan den situation opstå, at to eller flere investorer har magt over relevante aktiviteter i et omfang med respektivt samme tyngde, hvorved opstår en situation, hvor ingen kontrollerer. Et eksempel herpå er anført i IFRS 10.B13 i eksempel 13, hvortil henvises for nærmere herom.

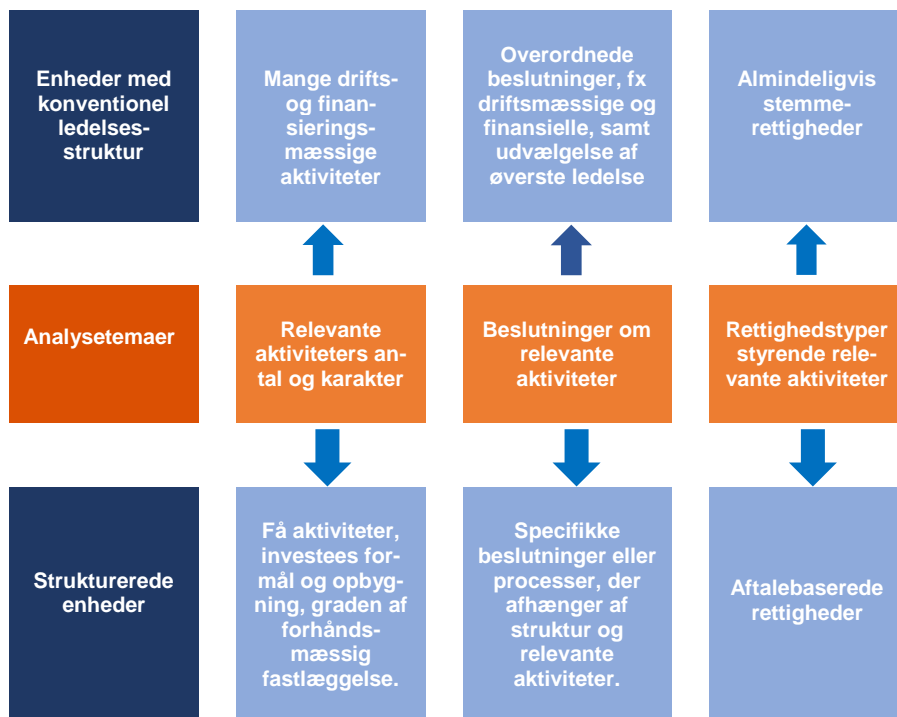
⁸¹ IFRS Consolidated without early application, part B the accompanying documents, part B, 2013, side B 698, punkt BC 42.

At identificere de relevante aktiviteter er ikke i sig selv tilstrækkeligt. Også måden, hvorpå beslutninger om de relevante aktiviteter træffes, har betydning for vurderingen af koncernindikationen.

Således vil en investors magt over udarbejdelsen af driftsplaner og beslutninger om finansielle spørgsmål, herunder udarbejdelsen af budgetter have betydning, ligesom en investors magt til at tage beslutning om ansættelse og aflønning af nøglepersoner i virksomheden vil have betydning for koncernindikationen, jf. IFRS 10.B12.

Forskellene i måden, hvorpå beslutninger tages vedrørende relevante aktiviteter, kan i (alt for) forenklet form illustreres som i figur 4.7, idet det dog for god ordens skyld må understreges, at varianter og kombinationer af figurens momenter forekommer i praksis.

Figur 4.7: Styring af relevante aktiviteter efter IFRS 10



4.4.7.4 Eksisterende rettigheder

4.4.7.4.1 Substantielle⁸² og beskyttende rettigheder

I IFRS 10-sammenhæng blev introduceret den såkaldte ”ability”-tilgang til magten over relevante aktiviteter. Magt forudsætter stadig tilstedeværelsen af rettigheder, men det afgørende moment er den aktuelle evne til eller mulighed for udnyttelsen af de pågældende rettigheder.

På denne måde har den nye ”ability”-tilgang både betydning for forståelsen af den tidsmæssige dimension ”current ability to direct the relevant activities” i kontrolligningen og til spørgsmålet om den såkaldte de facto-magt, jf. den tidligere beskrevne tilkendegivelse i IABS Update, October 2005 (se nærmere om sidstnævnte nedenfor).

”Ability”-tilgangen skal i den førstnævnte sammenhæng ses i direkte fortsættelse af det princip, som i foregående afsnit er beskrevet i forbindelse med IAS 27 (2008) om, at rettigheder ikke nødvendigvis skal udøves for at give anledning til concernindikation.

Om den nye ”ability-approach” anføres af IASB-organisationen:

”The Board also noted that an investor can have the current ability to direct the activities of an investee even if it does not actively direct the activities of the investee. Conversely, an investor is not assumed to have the current ability to direct simply because it is actively directing the activities of an investee. For an example, an investor that holds 70 per cent voting interest in an investee (when no other relevant factors are present) has the current ability to direct the activities of the investee even if it has not exercised its right to vote. Even if the remaining 30 per cent of voting rights were held by a single party actively exercising its voting rights, that minority shareholder would not have power”.⁸³

Magt beror på eksisterende rettigheder, jf. IFRS 10.10, og det er en betingelse for tillige at være en substantiel rettighed, at det er praktisk muligt at udnytte rettigheden, og at rettigheden kan udnyttes på det tidspunkt, hvor beslutninger om relevante aktiviteter skal træffes, jf. IFRS 10.B24. – Når disse to betingelser er opfyldt, er rettigheden substantiel.

I IFRS 10-sammenhæng kvalificeres ”rettigheder” ikke med udgangspunkt i en traditionel juridisk begrebsdannelse. Standarden kvalificerer således kun i få

⁸² I den danske sprogversion af EU IFRS 10 anvendes benævnelsen ”materielle rettigheder”. Henrik Parker og Michael Sten Larsen omtaler i IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, RR.2014.07.0014 substantielle rettigheder som ”reelle” rettigheder.

⁸³ IFRS Consolidated without early application, 2013, part B the accompanying documents, side B700, punkt BC 52.

tilfælde rettigheder med udgangspunkt i rettens beskaffenhed som f.eks. en ejendomsret, en råderet etc.

I IFRS 10-sammenhæng ses rettigheder i stedet defineret ud fra i hovedsagen to parametre: 1. objektet for rettigheden og dermed det tema, som der opnås en magt over (f.eks. relevante aktiviteter). 2. midlet til at opnå en ret af en ikke nærmere fastlagt beskaffenhed (f.eks. stemmerettigheder, kontrakter, relationens substans). Fastlæggelsen af rettigheden ses ikke altid at rumme begge elementer, og der ses ikke nogen metodemæssig systematik i juridisk forstand i måden, hvorpå rettighedsbegrebet behandles.

At retten skal kunne udnyttes på det tidspunkt, hvor beslutninger om relevante aktiviteter skal træffes, indebærer ikke nødvendigvis, at magten skal kunne udnyttes med dags varsel. I den sammenhæng vil det ikke være en hindring for den tidsmæssige udøvelse af rettigheden, at investor kan være afhængig af forberedende skridt såsom mødeafholdelse eller andet. Blot må der ikke kunne påvises andre hindringer for investors udnyttelse af sine rettigheder, når han i øvrigt måtte vælge at gøre det, jf. IFRS 10.BC53.

IFRS 10-standardens punkt B24 indeholder eksemplet vedrørende den også i Danmark kendte praksis, hvorefter en investor med ejerskab til mindst 5% af stemmerettighederne med 30 dages varsel kan indkalde til en ekstraordinær generalforsamling med henblik på generalforsamlingens stillingtagen vedrørende en relevant aktivitet. Ejer en investor i en sådan situation flere end 50 % af stemmerettighederne, og ses i øvrigt ingen kontraindikation i forhold til koncernrelation, vil kravet om et 30 dages indkaldelsesvarsel til generalforsamlingen ikke have indflydelse på vurderingen af investors rettighed som værende substantiel.

Substantielle rettigheder er kendetegnet ved, at det er praktisk muligt for investor at udnytte dem, herunder at der ikke foreligger økonomiske eller andre hindringer i forhold til, at den kan udøves af indehaveren af dem.

Eksempler på sådanne barrierer kunne være økonomiske sanktioner og incitamenter, der vil afholde indehaveren af rettigheden fra at udøve den (IFRS 10.B23.a.i), økonomiske forhold som f.eks. ugunstige konverteringskurser, der ville afholde rettighedshaveren fra at udøve sin rettighed (IFRS 10.B23.a.ii), vilkår – f.eks. tidsmæssige – der gør udøvelsen af rettigheden mindre sandsynlig (IFRS 10.B.23.a.iii), manglende bestemmelser i vedtægter eller andre dokumenter om sikring af rettighedshaverens mulighed for at udøve sine rettigheder (IFRS 10.B.23.a.iv), manglende mulighed for rettighedsindehaver for at indhente tilstrækkelige oplysninger til, at han kan udøve sine rettigheder (IFRS 10.B.23.a.v), driftsmæssige hindringer, der afholder rettighedshaveren fra at udøve sine

rettigheder (IFRS 10.B.23.a.vi) eller juridiske krav, der forhindrer rettighedshaveren i at udøve sine rettigheder (IFRS 10.B.23.a.vii).

En investor skal analysere beholdningen af egne, men også af andre investorers beholdninger af substantielle rettigheder. Det er en følge af IFRS 10.B25, hvorefter andre parter substantielle rettigheder kan udgøre en hindring for en investors magt.

Andre investorers substantielle rettigheder behøver ikke have en karakter, der muliggør initiering af beslutninger. Også rettigheder, der nødvendiggør accept af eller en veto-mulighed i forhold til beslutninger truffet af en investor med f.eks. mere end 50 % af stemmerettighederne er tilstrækkelig til at afværge concernformodning.

De rettigheder, der skal tælle med i investors opgørelse af magtspørgsmålet, skal for det første være substantielle, jf. ovenstående herom, og så må de ikke være af beskyttende ("protective rights") karakter.

Beskyttende rettigheder er, som det også var gældende for IAS 27 (2008), rettigheder, som alene vedrører investors snævre kapitalinteresse – i modsætning altså til interessen i at have magt over relevante aktiviteter med henblik på at søge sit variable afkast optimeret.

Eksempler på sådanne beskyttende interesser er en långivers ret til indflydelse på en låntagers aktiviteter med henblik på at reducere en kreditrisiko, en minoritetsejers ret til at godkende ekstraordinære økonomiske dispositioner eller til at godkende optagelse af lån, eller en långivers ret til at sætte sig i besiddelse af et aktiv i forbindelse med investee's misligholdelse af låneforholdet.

At såkaldte beskyttende rettigheder ikke inddrages i opgørelsen af rettigheder i forhold til magt-spørgsmålet er en naturlig følge af den grundlæggende præmis, som gælder for IFRS 10 standarden: at det er magten over de relevante aktiviteter, der ligger til grund for den løbende driftsmæssige performance af en investee, som er afgørende for kontrolforholdet.

Dermed bliver linket mellem at bruge sin magt til at optimere en investees variable afkast og evnen til at bringe sig i position til at modtage et sådan variabelt afkast et udtryk for relationens økonomiske substans.

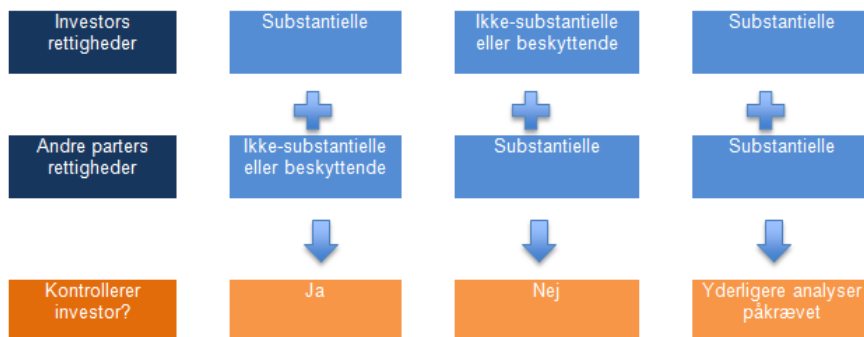
Fedders og Steffensen antager, at IFRS 10-standardens forudsætter en skelnen mellem deltagende rettigheder ("participating rights") på den ene side og

beskyttende rettigheder ("protective rights") på den anden side, sådan som det gjorde sig gældende for IAS 27 (2008) standarden alt jf. afsnit 4.3.5.1.⁸⁴

Dette kan imidlertid ikke tiltrædes, idet IFRS 10-systematikken indebærer en negativ afgrænsning af karakteren af rettigheder ("de må ikke være beskyttende") og i øvrigt blot fastholder, at de rettigheder, der skal "tælle med", skal være substantielle. IFRS 10 indeholder ikke begrebet "participating rights" og benytter sig dermed ikke af samme opdeling som IAS 27 (2008)-standard, hvilket må ses som en naturlig følge af, at IFRS 10 ikke nødvendigvis ser forvaltningsmæssige beføjelser som grundlaget for kontrol.

Sammenhængen mellem investors og andre parter rettigheder efter deres karakter illustreres i forhold til kontrolbegrebet i figur 4.8:

Figur 4.8: Substantielle og beskyttende rettigheder i relation til kontrolbegrebet



4.4.7.4.2 Rettigheders karakter

Som anført indledningsvist indeholder IFRS 10 ingen bright-lines i forhold til at afgøre eksistensen af en given koncernrelation. En investor skal overveje alle fakta og omstændigheder, når det afgøres, om der foreligger koncernrelation, jf. IFRS 10.8.

Dermed rækker viften af momenter, der kan ligge til grund for magt ("power"), langt ud over den fokusering, som tidligere især var på forvaltningsmæssige beføjelser i form af stemmerettigheder, om end stemmerettigheder i praksis antages fortsat at være den hyppigst forekommende kontrolindikation.

Standarden indeholder imidlertid en omfangsrig vejledning til identifikation af en lang række hyppigt forekommende koncernindikationer, som alene eller i

⁸⁴ Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder – fra dansk praksis til IFRS, 4. udgave, side 280 ff.

kombination i en given situation kan lægges til grund for en konstatering af koncernrelation.

4.4.7.4.3 Stemmerettigheder og potentielle stemmerettigheder, jf. IFRS 10.B15.a Stemmerettigheders rolle i forhold til magt-dimensionen ("power") indgår i tre forskellige scenarier: 1. en investor opnår magt til at styre relevante aktiviteter ved at eje mere end halvdelen af stemmerettigheder; 2. en investor ejer mere end halvdelen af stemmerettigheder, men opnår ingen magt; 3. en investor ejer mindre end halvdelen af stemmerettigheder, men har på forskellige nærmere beskrevne grundlag alligevel magten over en investee.

Når det gælder det første beskrevne scenarium, ses det af standarden, at princippet fra IAS 27 (2008) blev videreført (dog med sproglige ændringer), hvorefter en investor, der ejer⁸⁵ ("holds") mere end halvdelen af stemmerettighederne, har magt ("power"), når disse stemmerettigheder giver investor ret til direkte at styre de relevante aktiviteter eller til at gøre det indirekte ved valg af medlemmerne til virksomhedens ledelse.

Som allerede nævnt er udøvelsen af rettighederne ikke en forudsætning for magt. Afgørende er det imidlertid, at rettighederne er af substantiel karakter, jf. det i forrige afsnit beskrevne herom, og jf. IFRS 10.B36, og at der ikke foreligger kontraindikationer i form af aftalemæssigt eller andet grundlag (f.eks. statslig styring, retlige forhold, bobehandling mv.), der giver tredjemand magt over beslutninger over relevante aktiviteter eller substantielle rettigheder i øvrigt.

Som udgangspunkt har en investor efter IFRS 10.B35 således magt ("power") over en enhed, når én af følgende to betingelser er opfyldt:

- De relevante aktiviteter styres med baggrund i stemmerettigheder tilhørende en ejer af flertallet af stemmerettigheder, eller
- Et flertal af medlemmerne i et ledende organ, der styrer de relevante aktiviteter, er udpeget af ejeren af flertallet af stemmerettigheder.

Udgangspunktet fraviges jf. det andet scenarium, når stemmerettigheder ikke er substantielle, herunder giver magt over relevante aktiviteter, eller når der foreligger konkrete kontraindikationer for magt ("power").

Vejledningens eksempel har således store lighedspunkter med den "formodningsregel", som i national dansk ret er formuleret med udgangspunkt i IAS 27 (2008) – blot må erindres, at der i IFRS 10 alene er tale om et vejledende

⁸⁵ Se Fedders og Steffensen i Årsrapport efter internationale regnskabsstandarde – fra dansk praksis til IFRS, 4. udgave, side 283, hvor der tales om "tilstedeværelsen af flertallet af stemmerettigheder" uden nogen nærmere omtale af forståelsen af "tilstedeværelsen".

eksempel, der skal tjene til forståelsen af de overordnede principper om magt-elementet i forståelsen af standardens kontrolbegreb.

I det tredje scenarium ejer en investor 50 % eller mindre af stemmerettighederne, og IFRS 10-standardens vejleder i den sammenhæng om en række andre muligheder for på grundlag af stemmerettigheder at kunne styre de relevante aktiviteter.

For det første videreføres i IFRS 10.B38.a den fra IAS 27 (2008)-standardens kendte mulighed for indgåelse af stemmeretsaftaler med andre indehavere af stemmerettigheder vedrørende udøvelsen af stemmeretten i et omfang og på en måde, som tilgodeser en investors ønske om at opnå magt vedrørende beslutninger i tilknytning til de relevante aktiviteter.

Men også en kombination af en investors stemmerettigheder og andre typer af kontraktbaserede forhold kan indebære den fornødne magt til at styre de relevante aktiviteter, jf. IFRS 10.B40. Suppleres således en investors beholdning af stemmerettigheder med kontraktmæssige rettigheder i forhold til at styre f.eks. produktionsprocessen eller andre aktiviteter, som har væsentlig betydning for en investees driftsmæssige resultat, kan sådanne omstændigheder efter en samlet vurdering føre til magt ("power").

Vejledningen er imidlertid klar i forhold til eet af de spørgsmål, som ses hyppigt diskuteret i forbindelse med indførelsen af den principbaserede IFRS 10 med den stærkere fokusering på substansen i relationen mellem to virksomheder, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt afhængigheden af en (ene)leverandør eller en (ene)aftager per se kunne føre til magt ("power"):

Af IFRS 10.B40 fremgår som følger: ".....However, in the absence of any other rights, economic dependence of an investee on the investor (such as relations of a supplier with its main customer) does not lead to the investor having power over the investee".

Et væsentligt nyt element i IFRS 10 i forhold til IAS 27 (2008) er den de facto-magt, som tidligere i afsnittet om IAS 27 (2008) blev beskrevet med udgangspunkt i IASB Update, oktober 2005, hvori blev lagt til grund, at halvdelen eller mindre en halvdelen af stemmerettigheder kunne føre til magt ("power").

Som allerede beskrevet er den nu i vejledningen omhyggeligt beskrevet de facto-model et udtryk for den "ability"-tilgang, som nu jf. det tidligere anførte herom gælder for IFRS 10. IASB-organisationen anser de-facto-modellen for en central del af det nye IFRS 10-regime, idet netop "ability"-tilgangen forudsætter

forudgående analyse af en bred vifte af koncernindikationer og i forhold til en flerhed af parter, hvorved tilstræbes en mere korrekt konsolidering:⁸⁶

”The Board also concluded that an ”ability” model would result in more appropriate consolidation conclusions not only when applied in different jurisdictions, but also when applied to all investees. This is because the ”ability” model would be applied consistently to all investees by considering the rights held by the investor, as well as the rights held by other parties, when assessing control. For example, in the context of voting rights, an investor would assess whether its voting and any other contractual rights would be sufficient to give it the current ability to direct the relevant activities, or whether the voting and other rights held by other shareholders could prevent it from directing the relevant activities if those shareholders chose to act. The model would be applied in a similar way when other parties hold potentiel voting rights, kick-out rights or similar rights”.

De facto-magt på grundlag af stemmerettigheder består efter IFRS 10.B41, når en investor med halvdelen eller færre stemmerettigheder i praksis er i stand til (”ability”) alene at styre de relevante aktiviteter. Standarden indeholder i IFRS 10.B42 vejledning til, hvilke momenter der skal indgå i vurderingen af, hvorvidt en sådan situation i en given situation forekommer.

Se også Henrik Parker og Michael Sten Larsen, der sammenkæder de facto råderet (”power”) med en ”dominerende ejerandel”.⁸⁷

Når det isoleret handler om stemmerettigheder i forhold til de facto-vurderingen skal forholdet mellem en given investor og andre investorers stemmerettigheder analyseres.

I den sammenhæng lægges vægt på størrelsen af en investors egen beholdning af stemmerettigheder, størrelsen og antallet af andre investorers beholdninger af stemmerettigheder og ikke mindst det vurderede omfang af eventuel samordnet stemmeafgivning, som ville være nødvendig, såfremt andre investorer skulle have mulighed for at styre de relevante aktiviteter.

Således vil spredningen af stemmerettigheder på andre investorer, men også historik omkring afstemninger på tidligere generalforsamlinger eller i lignende fora (antal repræsenterede stemmerettigheder) have betydning, jf. også det tidligere i forbindelse med IAS 27 (2008) beskrevne, og jf. IFRS 10.B45.

⁸⁶ IFRS Consolidated without early application, part B the accompanying documents, Basis for Conclusions, punkt BC 106, side B709.

⁸⁷ IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, RR.2014.07.0014, side 4.

Henrik Parker og Michael Sten Larsen antager med baggrund i de hidtidige erfaringer med implementering af IFRS 10, at spredningen af ejerandele på andre (med)ejere har større betydning for vurderingen af magt-spørgsmålet end egne besiddelser af stemmerettigheder.⁸⁸

I en række tilfælde vil ovenstående analyse af stemmerettighedernes placering og spredning være tilstrækkelig for at kunne be- eller afkræfte koncernformodning.

Hvor resultatet af de foretagne analyser imidlertid ikke fremstår entydigt, må inddrages kombinationen af de således kortlagte stemmerettigheder (herunder også spørgsmålet om potentielle stemmerettigheder – se straks nedenfor) med en omfattende række af andre forhold, idet ”alle fakta og omstændigheder” skal inddrages.

I IFRS 10-standardens henvises vejledende til følgende yderligere spørgsmål, som må analyseres i forbindelse med de facta-spørgsmålet, idet sådanne forhold anses for betydningsfulde i forhold til afgørelsen af spørgsmålet om ”magt” mellem de to parter (IFRS 10.B18 – ”practical ability to direct”):

- Investors evne til uden yderligere kontraktmæssige rettigheder at udnævne eller have ret til at godkende de nøglemedarbejdere hos investee, som styrer de relevante aktiviteter.
- Investors evne til uden yderligere kontraktmæssige rettigheder at styre investees stillingtagen til at indgå i væsentlige handler eller eventuelt nedlægge veto mod samme.
- Investors evne til at dominere udnævnelsesprocessen ved valg af medlemmer til ledelsesorganer, evt. ved indsamling af fuldmagter i forhold hertil.
- Relationer mellem nøglemedarbejdere hos investee og investor, f.eks. ved personsammenfald på væsentlige poster.
- Hvorvidt flertallet af ledelsesmedlemmer i investee har relationer som nærtstående i forhold til investor.

Måtte der herefter ikke foreligge nogen entydig indikation for de facta-baseret magt, antages en sådan ikke at være til stede, jf. IFRS 10.B46.

Kontrolindikation med baggrund i de facta-magt har allerede fra IAS 27 (2008)-regimet vist sig i væsentlig grad at bero på skøn fra praktikerne, herunder især revisorerne, side.

⁸⁸ IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, RR.2014.07.0014, side 4.

En væsentlig årsag hertil er det faktum, at en investor reelt ikke har adgang til de oplysninger, herunder f.eks. ejerbøger, ejeraftaler og stemmeaftaler, som skal ligge til grund for vurderingen af magt-forholdet.

Der erindres i denne sammenhæng om det i afsnit 4.4.1 anførte citat af Alan Teixeira: "If you ain't got the books, you probably don't control".

I tillæg hertil opstår i sagens natur først efter nogen tid en historik, der kan lægges til grund for andre (med)ejerers adfærd i den givne situation, og konstateringen af de facto-magt opstår derfor i reglen nogen tid efter, at investors beholdning af stemmerettigheder er etableret.

Medens de netop nævnte momenter sædvanligvis anses for at have indflydelse på spørgsmålet om magt, anviser standarden tillige en række indikationer, som peger i retning af magt, hvor en investor forholder sig passiv i forhold til en investee, men hvor substansen i relationen kan pege i retning af tilstedeværelsen af et magt-forhold, der – sammen med andre momenter – kan føre til konstatering af magt ("power").

IFRS 10.B19 ("special relationships") anfører i den forbindelse forhold, som muligt kunne indikere en kontrolrelation, hvor en investor i øvrigt fremstår som en passiv ejer:

- Sammenfald blandt tidligere og nuværende nøgled medarbejdere hos henholdsvis investor og investee.
- Afhængighed:
 - Driftsmæssig afhængighed for investee af investor (f.eks. investors finansiering af investees drift, investors sikkerhedsstilling for investees forpligtelser, investees afhængighed af investor for levering af væsentlig teknologi, serviceydelser, råvarer mv.),
 - Investors kontrol over aktiver, der er centrale for investee (f.eks. licenser og varemærker), og
 - Investors kontrol over ledelses- eller teknisk personale, som er væsentlige for investees drift.
- Når en væsentlig del af investees aktiviteter involverer eller foretages på vegne af investor.
- Når en investors ret til afkast fra investee er forholdsmæssigt større, end antallet af stemmerettigheder i øvrigt tilsiger.

Der erindres i denne sammenhæng om det tidligere anførte i forhold til, hvorvidt afhængighed af f.eks. en dominerende leverandør eller én dominerende kunde i sig selv kan medføre magt, hvilket med udgangspunkt i IFRS 10.B40 altså må besvares benægtende.

Herefter kan økonomisk afhængighed ikke per se – og altså i tilfælde af fraværet af andre rettigheder – føre til magt over investee.

Det ses fra tid til anden anført, at karakteren af et aftalegrundlag, f.eks. en aftale mellem en kunde og en leverandør, kan medføre, at stemmerettigheder ikke er det afgørende moment i afgørelsen af magtspørgsmålet, idet en sådan aftale i realiteten kan overføre evnen til at lede de relevante aktiviteter fra en indehaver af stemmerettigheder til en sådan medkontrahent.⁸⁹

Synspunktet kan principielt tiltrædes men ud fra en betragtning om, at der jo så netop er tale om en konstruktion, hvor der ud over sædvanligt køb og salg er tale om aftalemæssig vedtagelse af et sæt vilkår, der influerer på parternes forvaltningsmæssige beføjelser.

Endvidere kan indtræden af misligholdelsessituationer give anledning til overvejelser om den reelle magt til at styre relevante aktiviteter i tilfælde, hvor der enten foreligger aftaler til fordel for en kreditgiver om sikkerhed i form af f.eks. pant i en virksomheds aktiver, eller hvor der i øvrigt indledes individual- eller universalforfølgning i tilfælde af misligholdelse af væsentlige skyldforhold.

Tillige skal undersøges ”risk-/reward” momenter, sådan som de tidligere gjorde sig gældende for SIC 12-kontrolindikationen, idet der antages at foreligge en sammenhæng mellem en investors incitament til at søge indflydelse i en investor og det variable afkast, som den pågældende investor er eksponeret for eller har ret til.

Hvordan skal da sådanne andre momenter vægtes i forhold til den beholdne mængde stemmerettigheder? – IFRS 10 indeholder ejheller på dette punkt nogen bright-line-angivelser, men standardens principbaserede fundament fornægter sig ejheller på dette punkt: de under standardens punkt B18 og just ovenfor beskrevne momenter tillægges større vægt end både beholdne stemmerettigheder og de just beskrevne indikationer i punkterne B19 og B20.

Som det fremgår af ovenstående, forudsætter de facto-analysen efter omstændighederne et endog meget omfattende analysearbejde, ligesom den principbaserede udformning af de facto-forholdet kan forekomme ganske vanskeligt håndterbar.

Imidlertid indeholder standarden en række eksempler, som i et praktisk perspektiv illustrerer anvendelsen af de facto-princippet. Nogle af disse er i bearbejdet form gengivet nedenfor:

⁸⁹ Se f.eks. Henrik Parker og Michael Sten Larsen i IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, side 4.

Eksempel 1:

Investor A råder over 45 % af stemmerettighederne i B. 11 andre investorer råder over hver 5 % af stemmerettighederne. Der foreligger inden for ejerkredsen ingen aftaler om samordning af stemmeafgivelse. Har A magt ("power")?

A's beholdning af stemmerettigheder og de øvrige investorers relative andele kan ikke alene afgøre, om A har magt. Andre faktorer og omstændigheder må inddrages i vurderingen heraf.

Eksempel 2:

Investor A råder over 45 % af stemmerettighederne i B. To andre investorer råder over hver 26 % af stemmerettighederne. Tre investorer råder hver over 1 % af stemmerettighederne. Der foreligger ingen aftaler mellem investorerne.

Der må i denne sag foretages yderligere analyser. Heri skal indgå følgende væsentlige momenter: Størrelsen af A's beholdning af stemmerettigheder i forhold til andre investorers beholdninger, eventuelle beholdninger hos A og andre investorer af potentielle stemmerettigheder, rettigheder i forbindelse med eventuelle aftaler (om stemmerettigheder eller andre forhold), andre omstændigheder.

Det sandsynlige udfald vil herefter forventeligt være, at A ikke har magt ("power").

Eksempel 3:

Investor A råder over 48 % af stemmerettighederne. Øvrige stemmerettigheder er spredt ud over et større antal investorer, hvoraf ingen individuelt råder over mere end 1 %. Der er ingen indbyrdes samordning eller aftaler om kollektive beslutninger. Beslutninger om relevante aktiviteter kræver flertal på generalforsamlingen. 70 % af stemmerettighederne blev udøvet på seneste generalforsamlinger bortset fra én generalforsamling, hvor 78 % af stemmerettighederne blev udøvet. Beslutningerne på den sidstnævnte generalforsamling omhandlede ændringer i finansielle forhold, der efterfølgende kunne få betydning for udlodning af udbytte. Der var ingen kontraktlige forhold, der kunne påvirke bedømmelsen af magt-elementet.

A vil under de beskrevne omstændigheder have magt. A har den praktiske mulighed for alene at styre de relevante aktiviteter.

Ikke blot beholdne stemmerettigheder tæller med, når spørgsmålet om magt ("power") afgøres. Også potentielle stemmerettigheder hos såvel investor selv som andre investorer skal der forholdes til.

Til grund for en stillingtagen til potentielle stemmerettigheder i forhold til kontrolindikation anviser standarden en vejledende analysemodel, der blandt andet tæller momenter som den pågældende virksomheds formål og struktur og herunder en vurdering af vilkår for rettens udnyttelse og investors forventninger og motiver for at tiltræde disse vilkår (IFRS 10.B48), idet modellen antages at skulle bruges i forbindelse med analyse af såvel investors egne som andre investorers potentielle stemmerettigheder.

Potentielle stemmerettigheder er i IFRS 10-sammenhæng rettigheder til at erhverve stemmerettigheder i investee. Grundlaget for sådanne potentielle stemmerettigheder er i hovedsagen tegningsretter, warrants, købsoptioner og konvertible instrumenter.

Potentielle stemmerettigheder vedrører altid mindst to parter og kan efter omstændighederne potentielt medføre, at den investor, der aktuelt har en beholdning af stemmerettigheder, der udgør halvdelen eller mindre af det samlede antal stemmerettigheder, skal udarbejde konsoliderede regnskaber, selvom en anden investor har en beholdning af stemmerettigheder, der overstiger halvdelen af det samlede antal stemmerettigheder.

Eksempel:

Virksomhed A ejer 80% af stemmerettighederne i virksomhed C. Virksomhed B ejer de øvrige 20% af stemmerettighederne i C. Virksomhed B har en option på at købe 65% af virksomhed A ejerandele inklusive et proportionalt antal stemmerettigheder. B har magten.

Det er en nødvendig forudsætning for at kunne medregne potentielle stemmerettigheder, at disse som alle andre rettigheder er substantielle, jf. IFRS 10.B47.

Potentielle stemmerettigheder, der er substantielle, kan alene eller i kombination med andre rettigheder give investor evnen til at styre de relevante aktiviteter, jf. IFRS 10.B50.

Potentielle stemmerettigheder er substantielle, når indehaveren heraf har den praktiske mulighed ("ability") for at udøve sine rettigheder på det tidspunkt, hvor beslutninger om relevante aktiviteter skal tages, jf. i øvrigt hvad ovenfor allerede er nævnt om substantielle rettigheder.

Som det således fremgår, indeholder IFRS 10-standarden på dette punkt et væsentligt brud med IAS 27 (2008)-standardens behandling af potentielle stemmerettigheder, hvor udnyttelsen af stemmerettigheder forudsattes at kunne ske straks.

Dernæst blev, som beskrevet i afsnit 4.3.6.2 om potentielle rettigheder i forbindelse med IAS 27 (2008), potentielle stemmerettigheder tidligere medregnet, hvis pris og vilkår var af en sådan karakter, at investor ud fra en realistisk økonomisk målestok ville udnytte retten. (Der skulle alene bortses fra rettigheder, der beroede på en meget høj grad af ”deeply out of the money”-princippet og dermed ikke ud fra et realistisk økonomisk synspunkt kunne antages at ville blive udnyttet).

For IFRS 10-standarden gælder det først og fremmest, at IFRS 10-standarden forudsætter, at alle relevante fakta og omstændigheder vurderes, når optællingen af potentielle stemmerettigheder finder sted. Herunder, men ikke udtømmende, vurderes forholdet mellem udnyttelsespris og markedspris for de pågældende rettigheder og på det pågældende tidspunkt, dernæst vurderes eventuelle økonomiske eller juridiske barrierer for udnyttelse af retten, og endelig vurderes tidshorisonten for rettighedens udnyttelse.

Overgangen til i stedet at lægge vægt på substantialitet må nødvendigvis medføre en ændret praksis. Under IFRS 10 vil optioner, der ikke aktuelt kan udøves, men som kan udøves, når relevante beslutninger skal træffes, blive talt med under IFRS 10-opgørelsen af stemmerettigheder, hvilket ikke tidligere under IAS 27 (2008)-regimet ville være tilfældet.

Endvidere vil potentielle stemmerettigheder, der beror på ”deep out of the money”-vilkår ikke i IFRS 10-sammenhæng blive anset for substantielle, og de ville dermed under alle omstændigheder blive udeladt af optællingen af stemmerettigheder, hvilket ikke ville have været tilfælde i IAS 27 (2008)-sammenhæng.

4.4.7.4.4 Andre rettigheder

Stemmerettigheder antages uændret at være grundlaget i langt de fleste tilfælde, hvor magt foreligger i forhold til kontrolindikation. Men med IFRS 10 er fokus tillige blevet rettet mod en række rettigheder, der hver for sig eller i indbyrdes kombination eller i kombination med stemmerettigheder giver en investor evnen til at styre de relevante aktiviteter (magt).

I IFRS 10.B15 er til vejledning herom angivet en ikke udtømmende liste over eksempler på sådanne rettigheder:

- Retten til at udpege, omplacere eller afskedige nøglemedlemmer af en virksomheds ledelse i tilfælde, hvor disse har retten til at styre relevante aktiviteter, jf. IFRS 10.B15.b (”kick-out rights”).

- Retten til at udnævne eller fjerne en anden virksomhed, der styrer relevante aktiviteter, jf. IFRS 10B.15.c ("kick-out rights").
- Retten til at styre en virksomhed på en sådan måde, at den til gavn for investor indgår i, eller nedlægger veto mod, dispositioner, jf. IFRS 10B.15.d.
- Andre rettigheder, f.eks. kontraktsbaserede beslutningsrettigheder, der giver investor mulighed for at styre de relevante aktiviteter (f.eks. såkaldte management contracts), jf. IFRS 10B.15.e.

Som det fremgår, omhandler de nævnte eksempler på rettigheder alle løbende beslutninger af betydning for de relevante aktiviteter i investee, og de er alle centrale i situationer, hvor stemmerettigheder alene vedrører f.eks. administrative forhold, og hvor kontraktsforhold afgør retten til at styre de relevante aktiviteter.

Standarden vejleder ikke yderligere omkring den juridiske kvalifikation af sådanne rettigheder, ligesom der kun meget overordnet indeholdes vejledning om det juridiske grundlag, hvorpå sådanne rettigheder hviler.

Mest almindeligt antages sådanne rettigheder at bero på ejeraftaler eller lignende aftalemæssige konstruktioner. For sådanne aftalers vedkommende må opsigelsesvarsler og vilkår for sådanne aftalers ophør i øvrigt inddrages i den samlede vurdering af magt-spørgsmålet, idet lange opsigelsesvarsler og væsentlige sanktioner i forbindelse med sådanne aftalers ophør trækker i retning af magt-indikation, medens aftaler med potentielt kort løbetid og ingen eller kun få konsekvenser ved misligholdelse af aftalen vil nedtone indikationen for investors magt.

Medens de netop nævnte IFRS 10B.15 momenter efter omstændighederne i sig selv kan medføre magt til en investor, kan også i forhold til andre rettigheder end stemmerettigheder inddrages de allerede ovenfor "practical ability to direct"-momenter under IFRS 10B.18 og "special relationship"-momenterne fra IFRS 10B.19, som ligeledes er omtalt ovenfor i afsnittet om de facto-kontrolindikationer.

Når stemmerettigheder eller lignende rettigheder i forbindelse med de beskrevne "foranalyser" viser sig ikke at være afgørende for en investees resultat, må forholdene omkring etableringen af en investee analyseres nærmere med henblik på at afdække, hvorvidt der er tale om en såkaldt struktureret virksomhed, hvor en investor i forbindelse med etableringen af investee har kunnet påvirke dennes formål og struktur og i øvrigt har kunnet etablere en relation til denne, som har kunnet give en investor f.eks. kontraktsbaserede fordele, der medfører concernindikation.

Sådanne kontraktsbaserede fordele kunne eksempelvis vedrøre købs-, salgs- og likvidationsrettigheder, der er opstået i forbindelse med etableringen af investee.

Efter omstændighederne vil relevante aktiviteter i en investee, der har karakter af struktureret virksomhed, kunne betragtes som aktiviteter, der i deres substans har tilknytning til investors virksomhed, og eksplicitte eller implicitte beslutningsrettigheder skal derfor betragtes som relevante aktiviteter ved vurderingen af magtforholdet mellem de to virksomheder.

IFRS 10-standarden har hermed taget højde også for flertallet af de problemstillinger, som tidligere blev løst i SIC 12 vedrørende de såkaldte SPE-virksomheder (se nærmere herom i afsnit 4.3.5.9).

4.4.8 Variabelt afkast – ”variable returns”

Den anden komponent i kontrolligningen er investors eksponering for eller ret til et variabelt afkast fra investees virksomhed.

I IFRS 10 anvendes ”variabelt afkast” (”variable returns”) til erstatning for IAS 27 (2008)-standardens begreb ”fordele” (”benefits”). Baggrunden herfor er forestillingen om, at ”fordele” (”benefits”) alene i IAS 27 (2008)-sammenhæng antoges at kunne udgøre positive afkast, der i hovedsagen kunne relateres til ejerrollen. – I IFRS 10 sammenhæng kan variable afkast være såvel udelukkende positive, udelukkende negative eller begge dele, jf. IFRS 10.15.

Fra IASB-organisationen er således en bredere indholdsmæssig forståelse tilsigtet af begrebet ”afkast” i IFRS 10-sammenhæng end den tidligere IAS 27 (2008)-standards ”fordele”.⁹⁰

Foruden mere direkte afkast som f.eks. udbytte eller avance/tab på ejerandele skal også f.eks. synergieffekter kunne anskues som afkast, og til grund for undersøgelser vedrørende afkastelementet i kontrolindikationen skal således også lægges en åben og bred analyse.

En væsentlig forskel ses også i forhold til SIC 12-fortolkningen, hvorefter alene situationer, hvor flere end halvdelen af fordelene tilfaldt investor, skulle regnes med. IFRS 10 taler alene om eksponering for variable afkast, hvorfor en række flere strukturerede enheder (herunder SPE-virksomheder) nu også må forventes at skulle indgå i konsolidering efter den nye metode.

I praksis antages der i overensstemmelse hermed også i de fleste tilfælde, hvor magt (”power”) er konstateret, at foreligge eksponering eller ret til variabelt afkast, hvilket beror på netop det faktum, af IFRS 10-begrebet ”variabelt afkast”

⁹⁰ IFRS consolidated without early application, part B the accompanying documents, punkt BC 63, side B702.

antages at have en væsentligt bredere sigte end den tidligere IAS 27 (2008)-standards begreb ”fordele”.⁹¹

Andre investorers modtagelse af variabelt afkast, er ingen hindring for kontrolindikation. En investor behøver som nævnt ikke som under IAS 27 (2008)-standarden modtage mere end halvdelen af fordelene – den blotte eksponering for variabelt afkast rækker.

”...The link between power and returns does not mean that the proportion of returns accruing to an investor needs to be perfectly correlated with the amount of power that the investor has. The Board noted that many parties can have the right to receive variable returns from an investee (eg. shareholders, debt providers and agents), but only one party can control an investee”.⁹²

Det afgørende er i definitorisk sammenhæng den økonomiske variation i investee performance, der beror på investors magt over investee. Variable afkast er dermed jf. også ordlyden afkast, der ikke er fastlagt som faste afkast, idet variable afkast netop er variable i kraft af den nævnte sammenhæng med investees økonomiske performance.

Dermed bliver spørgsmålet om ikke alene variabilitet eller ej, men også om graden af variabilitet i afkast et væsentligt spørgsmål i investors undersøgelse med henblik på at afklare spørgsmålet om koncernindikation. Investor skal i sin analyse lægge vægt på substansen i relationen, jf. IFRS 10.B56, snarere end på en juridisk kvalifikation af afkastet.

Afkast, som indeholder faste elementer, er i denne sammenhæng ikke nødvendigvis faste afkast; f.eks. anses renteafkast fra fastforrentede lån med investor som långiver og investee som låntager at indebære en kreditrisiko i forbindelse med investees eventuelle misligholdelse. En sådan eksponering for kreditrisiko kan muligt efter IFRS 10 indebære, at investors afkast anses for variabelt.

Tilsvarende er investors resultatbaserede honorarer, der oppebæres i forbindelse med en aftalt forvaltning af investees aktiver, og som f.eks. er aftalt som en procentdel af et givent resultat, variabelt, idet der netop er tale om et honorar, der afspejler investees performance.

Eksempler på sådanne variable afkast kunne være

⁹¹ Se også Henrik Parker og Michael Sten Larsen i IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, RR.2014.07.0014, side 5.

⁹² IFRS consolidated without early application, part B the accompanying documents, punkt BC 68, side B702.

- udbytte,
- rente vedrørende låneaftaler,
- avance/tab vedrørende investees værdi,
- honorarer i forbindelse med servicering af en investees aktiver og/eller forpligtelser,
- indtægter og tab i forbindelse med kreditgivning,
- residual interesse i form af modtagelse af likvidationsprovenu eller hæftelse for investees forpligtelser i forbindelse med investees ophør,
- skattemæssige fordele,
- adgang til likviditet fra investee,
- fordele som ikke andre investorer nyder godt af, og som forøger værdien af investors egne aktiver, f.eks. besparelser i forbindelse med stordriftsfordele, fælles udnyttelse af knappe ressourcer og adgang til viden.

Tilbage står således efter IFRS 10, at en meget bredere vifte af forskelligartede afkast – heraf nogle ikke nødvendigvis i form af i økonomisk forstand kapitaliserede afkast – skal vurderes, og at grader af variabilitet skal afgøres, idet en investors således skønnede samlede eksponering for eller ret til variabelt afkast skal måles op mod andre minoritetssejeres tilsvarende afkast eller eksponering for samme, uden at det dog skal lægges til grund, at en investors eksponering nødvendigvis skal have tungere vægt end andre investorers afkast, når øvrige forhold (magt og link) i øvrigt er til stede som grundlag for kontrolindikation.

En høj grad af eksponering for variabelt afkast er ikke et krav for råderet, men en sådan høj grad af eksponering for variabelt afkast ses ofte som en indikation på, at der kan foreligge magt ("power").

4.4.9 Linket mellem magt og variabelt afkast – uddelegering af magt

Den væsentligste – og i IFRS 10 beskrevne, men ikke nødvendigvis eneste - begrundelse for kravet om et link mellem magt og variabelt afkast, og dermed kravet om investors evne til ("the ability approach") med baggrund i sin magt over investee at opnå eksponering for eller ret til variabelt afkast, er de såkaldte principal-/agentproblemstillinger, hvorved en investor delegerer sin magt over en investee til en agent. I især udenlandsk praksis ses sådanne relationer i forbindelse med forskellige kapitalforvaltningskonstruktioner.

Agentrelationer bliver dermed også et klart eksempel på en situation, hvor agenten nok har magt, men aldrig kontrol. Magt delegeret til en agent kan ikke indgå i "kontrolligningen" og dermed indgå som komponent i kontrol.

Behovet for analyse af sådanne relationer opstår som konsekvens af, at alene den investor, der er principal, skal konsolidere investee, medens den investor, der optræder som agent, ikke skal konsolidere investee.

Problemstillingen kan illustreres som følger:

Figur 4.9: Principal-/agentforhold



Når en investor delegerer beslutningskompetence vedrørende nærmere angivne spørgsmål eller vedrørende alle relevante aktiviteter, skal investor i forhold til sin vurdering af kontrolindikation forholde sig til den omhandlede beslutningskompetence, som beroede den hos investor selv.

En given indehaver af beslutningskompetence skal i vurderingen af sin rolle som enten agent eller principal inddrage relationerne mellem beslutningstager selv, investee og andre parter, der har relation til investee, og en række forhold må inddrages og afvejes, med mindre det umiddelbart kan lægges til grund, at en enkelt part har en substantiel ret til uden nærmere begrundelse at fjerne beslutningstageren ("removal rights").

Ses sådanne "removal rights" ikke at foreligge, skal først karakteren af den omhandlede beslutningskompetence analyseres med baggrund i eventuelle aftaler herom og med baggrund i eventuelle retlige bestemmelser, ligesom omfanget af beslutningstagerens bemyndigelse skal kortlægges.

Blandt de momenter, som skal indgå i en sådan analyse, er formålet og strukturen for investee, de risici, som investee i forbindelse med etableringen forudsattes at skulle eksponeres for, de risici, som investee skulle overføre til andre parter samt graden af involvering, som beslutningstageren havde i forbindelse med etableringen af investee – alle faktorer, som går igen fra den tidligere omtalte "risk-/reward"-tænkning i forhold til kontrolbegrebet, og som samlet kan anses som en form for motiv for tilskyndelse til at opnå evnen til at styre de relevante aktiviteter ("the ability approach").

Dernæst må også i analysen inddrages de rettigheder, som beror hos andre parter, herunder ikke mindst såkaldte "removal rights", jf. ovenstående bemærkninger herom, men også andre substantielle rettigheder, der beror hos andre parter, kan indikere, at den pågældende beslutningstager er agent snarere end principal.

Sådanne rettigheder hos andre parter kunne f.eks. bestå i et krav om, at den pågældende beslutningstager i forhold til beslutninger om relevante aktiviteter ad hoc skal indhente godkendelse hos sådanne parter, der hermed jf. IFRS 10.B66 anses at pålægge en sådan beslutningstager restriktioner i forhold til sin beslutningskompetence.

Et tredje moment, der inddrages i analysen af eventuelle principal-/agentproblemstillinger er den honorering, som den pågældende beslutningstager modtager.

IFRS 10.B68 siger herom: "The greater the magnitude of, and variability associated with, the decision maker's remuneration relative to the returns expected from the activities of the investee, the more likely the decision maker is a principal".

Med andre ord skal analyseres, om den pågældende beslutningsaftager honoreres med en markedsbestemt betaling uden mulighed for yderligere præstationsbestemt betaling, eller om den pågældende beslutningstager snarere modtager et afkast, der har karakter af en investors afkast, hvori afspejles en investees forretningsmæssige risici.

Endelig inddrages også beslutningstagers eksponering for variable afkast fra andre interesser i investee end f.eks. den faste honorering for rollen som kapitalforvalter, herunder parallele andre investeringer i investee.

Denne vejledning vedrørende principal-/agentforhold er en nyskabelse i IFRS 10 i forhold til IAS 27 (2008) og SIC 12, hvor der ikke på tilsvarende måde sås vejledning i forhold hertil. I det tidligere regime ville sådanne relationer ofte blive behandlet med udgangspunkt i SIC 12 ud fra betragtninger om sådanne relationers forudbestemte karakter og "risk-/reward"-aspekter, og resultatet ville ofte være, at en eksponering for mere end 50 % af variationen i investees resultat ville medføre krav om kapitalforvalters konsolidering.

I IFRS 10-sammenhæng vil alene den kapitalforvalter, hvis eksponering for eller ret til variabelt afkast potentielt overstiger markedsniveauet for honorering, skulle konsolidere den pågældende investee.

4.4.10 Siloer

Når en investee indeholder flere ”enheder” eller ”ring-fenced assets”, kan en investor med kontrol over en sådan sammenhørende gruppe af aktiver være forpligtet til at konsolidere den aktuelle ”delmængde” af denne enhed, jf. IFRS 10.B76 (”control over specified assets”).

Et sådant krav fremgik ikke specifikt af IAS 27 (2008), men lå alligevel i praksis til grund for en konsolidering af den nævnte karakter.

Sådanne siloer ses ofte inden for den finansielle sektor, inden for området fast ejendom og inden for forsikringsbranchen.

En silo antages efter IFRS 10 at foreligge, når følgende betingelser kumulativt er opfyldt:

- En silos forpligtelser kan alene opfyldes med den pågældende silos egne midler,
- Kun parter med de beskrevne forpligtelser har rettigheder eller forpligtelser til aktiver eller provenuet fra disse,
- Intet afkast fra den pågældende silo kan reelt tilgå andre dele af investee, og
- Ingen af en siloens forpligtelser kan honoreres med aktiver, der beror uden for siloen.

En investor i en sådan silo skal i øvrigt foretage samme analyse i forhold til kontrolindikation som i forhold til andre investees.

4.4.11 Strukturerede enheder

Begrebet strukturerede enheder erstatter SIC 12 begrebet ”SPE” (Special Purpose Entity). En struktureret enhed defineres i IFRS 12, bilag A, som følger:

”An entity that has been designed so that voting or similar rights are not the dominant factor in deciding who controls the entity, such as when any voting rights relate to administrative tasks only and the relevant activities are directed by means of contractual arrangements”.

Strukturerede virksomheder er løftet ind i IFRS 12-standarden, idet det dog fortsat forudsættes i IFRS 10, at konsolidering af sådanne virksomheder skal ske, når IFRS 10-standarens kontrolbegreb indikerer concernrelation.

At konsolideringsspørgsmål i tilknytning til sådanne strukturerede enheder nu ikke længere behandles med baggrund i SIC 12-fortolkningen, medfører, at det ikke længere er en forudsætning for kontrol, at mere end halvdelen af fordelene fra

investee skal tilgå investor. Dermed er endnu en bright-line faldet i forhold til det tidligere konsolideringsregime.

4.4.12 Semantiske problemstillinger

I denne afhandlings analyse af IASB-standardernes koncernbegreber har i hovedsagen været anvendt engelske og/eller semantisk funderede oversættelser til dansk af engelske begreber. Fra IASB-organisationens hånd er der således ikke udarbejdet en dansk sprogversion af hverken IAS 27 (2008)-standarden eller IFRS 10-standarden.

I forhold til IASB-standarderne forekommer imidlertid i flere sammenhænge danske begrebsdannelser, som for nogles vedkommende tager udgangspunkt i almindelig sproglig oversættelse af de engelske begreber og i andre sammenhænge beror på anvendelse af i forvejen eksisterende dansk koncernterminologi fra især de økonomiske og juridiske discipliner, hvorfra sådanne begrebsdannelser med varierende grad af faglig refleksion og indsigt ”overføres” til standarderne.

En væsentlig dansk sprogversion af såvel IAS 27 (2008)-standarden som IFRS 10-standardens udgøres af EU IAS 27 (2008) og EU IFRS 10, der er bilag til de respektive EU-forordninger, hvormed standardernes anvendelse er gjort obligatorisk for børsnoterede selskaber og en valgmulighed for andre danske virksomheder (se nærmere herom i afsnit 5.4).

Såvel inden for de økonomiske og juridiske videnskaber som indbyrdes mellem de to videnskaber ses stor variation i den danske begrebsdannelse, og endelig kan iagttages, hvorledes også væsentlige forskelle består mellem forskellige revisionsvirksomheders danske begrebsdannelse.

Semantiske problemstillinger af den netop beskrevne karakter udgør en særskilt og ikke uvæsentlig problemstilling i forhold til den indholdsmæssige fastlæggelse af IASB-standardernes begreber.

Derfor sættes der i nærværende afsnit fokus på sproglige aspekter i tilknytning til en række udvalgte nøglebegreber i IFRS 10-standardens. Det bemærkes for god ordens skyld, at analysen ikke er tilsigtet at være udtømmende for så vidt angår sproglige betragtninger.

4.4.12.1 ”Control”

I den danske sprogversion af forordning 1254/2012 af 11. december 2012 anføres i præambelens punkt 2, at ”kontrol” udgør konsolideringsgrundlaget for alle typer virksomheder, og ”kontrol” genfindes da også i overskriften til IFRS 10-standardens punkter 5 – 9, der nærmere fastlægger indeholdet af standardens kontrolbegreb.

I den sammenhæng er det bemærkelsesværdigt, at det engelsk begreb ”control” i standarden i øvrigt erstattes af det danske begreb ”bestemmende indflydelse”. Det er blandt andet tilfældet i IFRS 10.1, hvor standardens formål beskrives, i de allerede nævnte IFRS 10.5-9, hvor netop kontrolligningen gennemgås, og i bilag A, hvor ”control” slet ikke defineres som ”kontrol”, men som ”bestemmende indflydelse”.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at den tyske version af EU IFRS 10 anvender ”Beherrschung” for kontrol, at den franske sprogversion anvender ”contrôle”, men at den svenske sprogversion anvender ”bestämmande inflytande”.

Blandt praktikere (herunder især revisorer) anvendes ofte det danske begreb ”kontrol”, idet dog også andre økonomer ses at anvende begrebet ”bestemmende indflydelse”.

Således anvender f.eks. Peder Fredslund Møller begreberne ”kontrol” og ”ejerkontrol”.⁹³

4.4.12.2 ”Power”

Den inkonsekvente anvendelse i EU IFRS 10 af begreberne ”kontrol” og ”bestemmende indflydelse”, jf. det netop ovenfor anførte, kan per se give anledning til usikkerhed om standardens forståelse.

Denne problemstilling forstærkes imidlertid af det faktum, at den danske sprogversion af EU IFRS 10 tillige bruger ”bestemmende indflydelse” som synonym for ”power”, således f.eks. i EU IFRS 10.2.a og EU IFRS 10.7, medens ”power” i andre bestemmelser oversættes til ”indflydelse” i f.eks. EU IFRS 10.6, EU IFRS 10.7.a, EU IFRS 10.7.c, hvor kontrolligningen fastlægges, og i overskriften og underpunkterne til EU IFRS 10.10-14, der fastlægger ”power”-begrebet.

Endelig ses ”power” oversat til ”beføjelse” i blandt andet bilag A indeholdende definitioner af standardens begreber.

Det tyske begreb for ”power” er i EU IFRS 10 ”Verfügungsgewalt”, det franske begreb er ”pouvoir” – og det svenske begreb ”inflytande”.

At den danske sprogversion således benytter tre forskellige danske begreber for ”power”, og at den ene af disse tillige bruges for ”control”, kan i bedste fald karakteriseres som meningsforstyrrende og i værste fald som vildledende i forhold til den indholdsmæssige forståelse af standarden.

⁹³ Introduktion til koncernregnskaber, 12. reviderede udgave, side 16 ff.

Blandt økonomer kan iagttages betydelig variation i forhold til anvendelsen af danske termer for ”power”.

Således anvender f.eks. Peder Freslund Møller begrebet ”magt/indflydelse”⁹⁴, og af Jan Fedders og Henrik Steffensen anvendes ”bestemmende indflydelse” med tilføjelsen i parentes (”power over the investee”).⁹⁵

Henrik Parker og Michael Sten Larsen anvender imidlertid begrebet ”råderet (power)”⁹⁶, hvilket kan synes at udgøre en (for) snæver forståelse af ”power”, der beror på rettigheder – herunder efter omstændighederne en række forskelligt kvalificerede rettigheder såsom ejendomsret til eller besiddelse af stemmerettigheder, aftalebaserede rettigheder mv.

4.4.12.3 *”Involvement”*

Relationen mellem en mulig koncernmoder og mulige koncerndøtre (investor og investee) betegnes i den engelsk-sprogede version af standarden som ”involvement”, jf. IFRS 10.5.

I den danske sprogversion af EU IFRS 10.5 anvendes ”deltagelse”. Gængs dansk juridisk forståelse af begrebet ”deltagelse” indebærer et ikke nærmere angivet omfang af (med)ejerenskab.

Som analyserne af af koncernbegreberne i henholdsvis IAS 27 (2008) og SIC 12 samt IFRS 10 påviste, er ejerskab ikke i alle tilfælde en forudsætning for kontrol. – I IFRS 10 lægges i vurderingen af kontrolindikation i stedet eksplicit vægt på relationens substans, og det anses f.eks. i forbindelse med strukturerede virksomheder ikke for et krav, at investor har nogen ejerandel. Ikke mindst ud fra dette synspunkt er den danske begrebsanvendelse på dette punkt uheldig.

I den tyske terminologi anvendes for ”involvement” begrebet ”Engagement”, i fransk terminologi ”liens” – og i den svenske version adjektivformen ”engagerad”.

Blandt danske økonomer anvendes en bred vifte af danske begreber om ”involvement”: F.eks. anvender Peder Fredslund Møller begrebet ”investeret i” – og med følgende tilføjelse i parentes (”bemærk: ikke nødvendigvis i form af

⁹⁴ Introduktion til Koncernregnskaber, 12. reviderede udgave, side 15.

⁹⁵ Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder – fra dansk praksis til IFRS, 4. udgave, side 280.

⁹⁶ IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, RR.2014.07.0014.

ejerkapital”)⁹⁷, og Jan Fedders og Henrik Steffensen anvender begrebet ”involvering”.⁹⁸

4.4.12.4 ”Ability”

Som det er fremgået af den forudgående analyse af IFRS 10-kontrolbegrebet er en væsentlig nyskabelse og en afgørende grundsten for forståelsen heraf ”the ability approach”.

På dansk benyttes ”mulighed”, på tysk ”Fähigkeit”, på fransk ”capacité” – men på svensk ”möjlighet”.

Det dansk ”mulighed” (og det svenske ”möjlighet”) kan udtrykke såvel ”lejlighed til” som ”evne til”. Standarden refererer imidlertid alene til ”evnen”, jf. det engelsk ”ability” (og ikke ”opportunity”), det tyske ”Fähigkeit” (og netop ikke ”Möglichkeit”) og det franske ”capacité” (og ikke ”possibilité” eller ”éventualité”).

Sondringen er central i forhold til forståelsen af, hvad der kræves af investor for at opfylde kontrolkriteriet, nemlig at han har ”evnen” og ikke blot ”en lejlighed” til at bruge sin magt over investee.

I denne sammenhæng ses Henrik Parker og Michael Sten Larsen⁹⁹ at sætte lighedstegn mellem ”muligheder” og ”rettigheder”. Om end det anerkendes, at tilstedeværelsen af ”rettigheder” kan indebære ”muligheder”, synes ligestillingen af ”muligheder” og ”rettigheder” ud fra den ovenfor anførte argumentation hverken generelt eller i den konkrete sammenhæng at være præcis.

4.4.12.5 ”Holds”

I IFRS 10-standardens originale engelske version (f.eks. IFRS 10.B35-B38) kan investor udøve stemmeret for stemmerettigheder, som investor ”holds”. I den tyske version anvendes begrebet ”besitzt”, i den franske ”détient” og den svenske ”äger”.

I den dansk sprogversion anvendes i EU IFRS 10.B35 begrebet ”besiddelse”, i EU IFRS 10.B36 ”indehaver af”, i EU IFRS 10.B37 ”besiddelse” og i EU IFRS 10.B38 ”besidder”.

Det følger således af andre sprogversioner og af den i IFRS 10.B34-B39 indbyggede systematik, at der er tale om ejerskab. For så vidt angår den nævnte

⁹⁷ Introduktion til koncernregnskaber, 12. reviderede udgave, side 15.

⁹⁸ Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder – fra dansk praksis til IFRS, 4. udgave, side 280.

⁹⁹ IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger, RR.2014.07.0014 side 2.

systematik er opbygningen af bestemmelserne således, at der i EU IFRS 10 B.38-39 kan ske supplerende af egne ejede stemmerettigheder med udøvelse af stemmeret på andre ejeres stemmerettigheder i henhold f.eks. til aftale.

Den væsentlige sondring mellem krav om en investors ejerskab til stemmerettigheder og en investors besiddelse af stemmerettigheder gennem f.eks. en anden ejers overladelse af stemmeret på sine stemmerettigheder til investor¹⁰⁰ fremstår med den valgte danske terminologi mindre klar.

4.5 Nyt koncernbegreb – ændret konsolidering?

IASB-organisationen har ved overgangen til IFRS 10-standarden ønsket en mere korrekt konsolidering og har ikke haft særligt fokus på, om ændringen ville medføre en mindre eller højere grad af konsolidering.

”When assessing changes in consolidation that result from the application of IFRS 10, we focused on the appropriateness of consolidation, rather than on whether IFRS 10 will result in more or less consolidation. In our view, IFRS 10 will result in more appropriate consolidation that will better reflect the economic substance of the relationship between a reporting entity and an investee”.¹⁰¹

Forud for IFRS 10-standarden var der som allerede beskrevet konstateret væsentligt forskellig konsolideringspraksis efter IAS 27 (2008)-standarden. Der sås flere forklarende variable i forhold til denne forskellighed, herunder geografisk betinget forskelligartede regnskabstraditioner og forskelle i regnskabspraksis blandt ”The Big Four”-revisionsfirmaer. Selv inden for de enkelte store koncerner sås forskellig konsolideringspraksis at kunne udfolde sig.

De forventede nettoeffekter af overgangen til IFRS 10-koncernbegrebet nedtones af såvel IASB-organisationen, Kommissionen og praktikere, herunder især revisorer, om end sidstnævnte faggruppe i egne vejledninger påpeger kilder til sådanne forventede ændringer i konsolideringspraksis.

På tidspunktet for denne afhandlings udarbejdelse foreligger der ikke i tilstrækkeligt omfang pålidelige empiriske data i forhold til konsekvenserne af indførelsen af den nye koncerndefinition i IFRS 10.

Imidlertid har en række især udenlandske koncernmødre som såkaldte ”early adopters” allerede anvendt standarden, hvilket har været muligt for

¹⁰⁰ Se f.eks. Erik Werlauff, Selskabsret, 9. udgave, side 621, om den væsentlige sondring mellem ejerskab og besiddelse af stemmerettigheder.

¹⁰¹ IFRS Consolidated Financial Statements, Project Summary and Feedback Statement, January 2012, side 7.

koncernregnskaber aflagt for perioder med start 1. januar 2013 eller senere, og der kan allerede med baggrund i sådanne regnskaber tegnes et foreløbigt, men på nuværende tidspunkt ingenlunde fuldstændigt eller empirisk underbygget, billede af, at betydelige værdier nu omfattes af eller udgår af konsolidering, uanset at dette ikke i alle tilfælde måtte medføre væsentlige ændringer i nettokonsolideringen; der ”flyttes om” på værdier i balancerne. På tilsvarende vis kan visse typeeksempler på årsager til denne ændrede konsolideringspraksis foreløbigt opregnes.

I dette afsnit opregnes de væsentligste forskelle på IAS 27 (2008)-standardens og IFRS 10-standardens kontrolbegreber, og de illustreres ved udvalgte aktuelt offentliggjorte ”early adopter”-baserede eksempler.

4.5.1 Kontrolbegrebets delelementer

I IAS 27 (2008) blev refereret til magt (”power”), men med et andet indhold end det, som gør sig gældende i IFRS 10, der i forhold til magtbegrebet lægger vægt på rettigheder og evne til at udnytte magten (”ability”-tilgangen). Derved kommer spørgsmålet om potentialet i forhold til investors rettigheder i fokus, idet der sker en afvejning af rettighedernes mulighed for at give investor adgang til ensidigt at kunne styre de aktiviteter, som væsentligst påvirker investees resultat.

Det nye magtbegreb antages dermed allerede af den grund at stille større krav til analyse og skøn fra investors (eller dennes rådgiveres) side.

Blandt præciseringerne i IFRS 10-standarden er behovet for i forbindelse med magtelementet (”power”) at analysere kontraktlige relationer til tredjemand. Et resultat af en sådan yderligere fokusering på tredjemandsforhold kan være væsentligt ændret konsolideringspraksis.

Et eksempel herpå er den franske Unibail-Rodamco-koncern, der som ”early adopter” analyserede tredjemands-relationer og som følge heraf måtte foretage omfattende ændringer i sin konsolideringspraksis. I det konsoliderede regnskab for 2013 anførtes følgende begrundelse: ”In connection with the early adoption of IFRS 10 and 11, the Group conducted a comprehensive analysis of all existing agreements with third party investors in its entities in order to determine the control exercised by the Group over its assets and activities in this new framework”.

I IAS 27 (2008) var fokus på styring af finansielle og driftsmæssige politikker. – I IFRS 10 er fokus på evnen til at påvirke afkast, hvilket ikke mindst skal ses i lyset af, at IFRS 10 nu er en enstregen kontrolmodel, der foruden sædvanlige koncernrelationer også skal være anvendelig i forhold til strukturerede virksomheder (tidligere SPE-virksomheder).

Skiftet fra fokus på i hovedsagen forvaltningsmæssige beføjelser i forhold til at styre driftsmæssige og finansielle politikker i IAS 27 (2008) til i IFRS 10 at fokusere på optimering af variable afkast i kraft af magt over de relevante aktiviteter illustreres i den tyske Linde Groups kommentarer til den ændrede konsolideringspraksis for 2013,¹⁰² idet også Linde Group var ”early adopter” på den nye standard.

De konkrete momenter, der i kombination og som følge af den principbaserede tilgang til analysearbejdet, jf. IFRS 10.8, og hvis resultat førte til den ændrede konsolideringspraksis, sås her at være licensaftaler vedrørende know-how af afgørende betydning for de relevante aktiviteter og relationerne mellem beslutningstagerne i virksomhederne i øvrigt:

”As a result of applying IFRS 10, the Linde Group has adjusted its accounting policies to reflect the revised definition of control.

Eight companies in Mexico and China, the principal object of which is the construction and operation of gas production plants and which have until now been included as joint ventures, have been fully consolidated for the first time as a result of the advantage held by Linde in terms of know-how. In these cases, the key issue is that the co-shareholders are also the main customers for the gases produced. Given its advantage in terms of know-how, the Linde Group has assumed responsibility for the operation of the companies’ plants. These companies are therefore dependent on Linde technology. This is reflected in the licensing agreements in force and the integration of production into the processes of The Linde Group and/or the interrelationships between the various decision-makers. The operation of the plants is the principal driver of variable returns from the companies and therefore Linde exercises control (as defined by IFRS 10) over these companies”.

Også i BASF-gruppen, der i lighed med Linde Group var ”early adopter”, medførte overgangen fra primært at beregne beholdninger af stemmerettigheder til fokus på evne til at påvirke variabelt afkast ændringer i konsolideringen. I det konsoliderede regnskab for 2013 anførtes i afsnittet om regnskabsprincipper som følger:

”Upon application of the new standard, four companies have been switched from full consolidation to the equity method..... Despite an investment of 51%, the oil and gas production company in Libya is not controlled according to IFRS 10, because contractual arrangements with the Libyan government strictly limit influence on variable returns after income taxes”.

¹⁰² The Linde Group – Quarterly Report 2013, General Accounting Policies.

Linde Group er desuden et eksempel på, at den for IAS 27 (2008) gennemgående dominerende prioritering af at tælle stemmerettigheder nu er forladt, og at der nu skal ske en vægtning i forhold til relationens substans. I det konkrete eksempel medfører dette, at kontrakter om delegering af ledelseskompetence nu med IFRS 10 vægtes højere end tidligere. Linde Group anfører i fortsættelse af ovenstående:

”In addition, two other companies in the United States and in India, which have until now been included as joint ventures, have been fully consolidated for the first time, because Linde exerts increased management authority in those companies. Here, Linde is able to exercise, on the basis of individual contracts, the most extensive decision-making powers over major portions of the operating activities of the entities. On this basis, The Linde Group has the opportunity to determine those activities of the entities which significantly affect the variable returns of the companies and therefore to exercise control (as defined by IFRS 10) over the companies”.

Også af den grund får analyser af investees forhold i et bredere perspektiv betydning.

I IAS 27 (2008) blev formålet med magten at opnå ”fordele” – i IFRS 10 er eksponering for eller ret til ”afkast” det centrale element, og IFRS 10-standarden indeholder vejledning om, hvorledes en bred forståelse heraf fører til, at f.eks. nu også synergieffekter kan ses som afkast, at afkast kan være både positive og negative, og at kun afkast, der reelt er variable, tæller med i den såkaldte kontrolligning.

4.5.1.1 *De facto-relationer*

De facto-magt i situationer, hvor en investor har mindre end halvdelen af stemmerettighederne, er nu eksplicit inddraget i standarden som en potentielt afgørende faktor i forhold til en investors magt over en investee.

I denne sammenhæng skal investor som allerede behandlet i denne afhandling gennemføre en række analyser – ikke blot af egne forhold, men også af andre (med)ejerers forhold samt relationerne til og blandt dem.

Som allerede nævnt ovenfor, var BASF-koncernen ”early adopter” på IFRS 10-standarden, og BASF gennemførte – i tillæg til de ovenfor allerede nævnte tiltag – som følge heraf IFRS 10-vejledningens analyse af (med)ejerers samordning af beslutningskompetence. I det konsoliderede regnskab for 2013 anførtes i redegørelsen for regnskabsprincipper som følger:

”Upon application of the new standard, four companies have been switched from full consolidation to the equity method. For three companies, no control exists according to IFRS 10, as BASF’s partners in these companies have the ability to influence the determination and implementation of certain relevant activities through supervisory bodies”.

En yderligere konsekvens af BASF-koncernens de facto-analyser førte med baggrund i kontraktlige aftaler om fordeling af afkast, der var mere profitable end kapitalandelen umiddelbart tilsagde, til konsolidering af en virksomhed, hvor BASF ikke ejede mere end halvdelen af aktierne. Begrundelsen var som følger:

”While BASF does not hold majority shares in ZAO Gazprom YRGM Trading, BASF is entitled to the earnings of the company due to profit distribution arrangements, so that the company is fully consolidated in the Group Consolidated Financial Statements”.

4.5.1.2 *Potentielle stemmerettigheder*

Potentielle stemmerettigheder skal efter IFRS 10 indregnes, hvis de er substantielle. Dermed skal de blandt andet også medregnes, hvis de kan udøves på et – eventuelt fremtidigt – tidspunkt, hvor de kan påvirke beslutninger om relevante aktiviteter.

I IAS 27 (2008)-regimet skulle potentielle stemmerettigheder kun regnes med, hvis de aktuelt kunne udøves (”current exercisable”).

Det må antages, at der efter overgangen til IFRS 10 vil blive en stigning i de tilfælde, hvor potentielle stemmerettigheder alene eller i kombination med andre momenter fører til opfyldelsen af magtmomentet i koncernligningen.

4.5.1.3 *Principal-/agentrelationer*

Principal-/agentproblemstillinger er nu specifikt beskrevet i IFRS 10-standarden, og vejledningen i forhold til at afgøre, hvorvidt investor er principal eller agent, er nu langt mere præcis. Overgangen fra IAS 27 (2008) til IFRS 10 antages i den forbindelse at medføre ændringer i konsolideringspraksis – ikke mindst blandt finansielle virksomheder.

Deutsche Bank var ”early adopter” af IFRS 10-standarden og beskrev i sit regnskab for 2013, hvorledes overgangen fra IAS 27 (2008)-kontrolbegrebet til IFRS 10-kontrolbegrebet medførte væsentlige ændringer på balancen. Forklaringen herpå beskrives i kommentarerne til regnskabspraksis som følger: ”The majority of the impacts above arose from the consolidation of certain funds where the group provides guarantee protection to third parties over the fund’s

assets. Under IFRS 10 the Group was deemed to have power over the funds as it acts as investment manager and cannot be removed, has variable returns through significant unit holdings and/or the guarantee, and is able to influence the returns of the funds through its power”.

4.5.1.4 *Strukturerede enheder*

EksPLICIT vejledning til forståelsen af kontrolbegrebet, når der er tale om strukturerede enheder, hvor stemmerettigheder ikke er en væsentlig faktor, er nu en del af IFRS 10-standarden, der hermed afløser SIC 12-fortolkningens bestemmelser SPE-virksomheder.

I IFRS 10-standarden er ”risk-/reward”-betragtninger i modsætning til SIC 12 alene en kontrolindikation og ikke per se afgørende for kontrol.

Barclays i London var ”early adopter” af IFRS 10-standarden. Overgangen til det nye IFRS 10-kontrolbegreb indebar i 2013-regnskabet, at 79 nye virksomheder blev inddraget under konsolidering, og at 63 virksomheder udtrådte af konsolidering. Samlet medførte ændringen en nedgang i aktivmassen på GBP 145 mio. og et stigning på passiver på GBP 332 mio. Interne analyser viste, at især ændringen fra SIC 12 konsolideringsprincippet for SPE-virksomheder til IFRS 10-reglerne om konsolidering af strukturerede enheder havde indflydelse på denne udvikling. Fokus blev fjernet fra ”risk-/reward”-betragtninger og overført til graden af kontrol efter den nye enhedsforståelse af kontrolbegrebet.¹⁰³

I tillæg hertil fokuserer IFRS 10 mindre på ”autopilot”-forholdet og mere på fremtidige beslutninger og aktiviteter, der kan påvirke afkast fra investee.

¹⁰³ Kilde: David Bradberys plancher fra oplægget ”Implementing IFRS 10 and IFRS 12 – a Practitioner’s Perspective, på konferencen IFRS Foundation Conference: Amsterdam 2013.

KAPITEL 5. REGNSKABS- OG SELSKABSRETTENS KONCERNBEGREBER I EU-RETTE

5.1 EU-rettens koncernbegreber – indledende retsvidenskabelige betragtninger

Dette kapitels emne, EU-regnskabs- og selskabsrettens koncernbegreber, er rig på væsentlige retsvidenskabelige problemstillinger, som kunne være udgangspunktet for en selvstændig retsvidenskabelig analyse.

Til grund for disse retsvidenskabelige problemstillinger ligger i hovedsagen to konstaterbare forhold:

For det første er koncerndannelse uomtvisteligt en betydningsfuld mulighed for det praktiske erhvervsliv for hensigtsmæssigt at strukturere international virksomhed.¹

Blandt andet af denne årsag ses koncernforhold i EU-retlig sammenhæng prioriteret højt, jf. dette kapitels efterfølgende afsnit. Ikke blot anerkendes i EU-retten koncernrettens europæiske dimension, men også en global dimension.

Et eksempel herpå er i tilknytning til denne afhandlings emne erkendelsen af, at den direktivstyret koncernregnskabsret for den brede kreds af europæiske koncerner er utilstrækkelig, når det handler om børsnoterede koncerner, der agerer globalt og handles på alverdens børser, hvor børserne har magt til at kræve regnskabsaflæggelse efter globale standarder, herunder IASB-standarder, hvorfor sådanne globale standarder nu udgør en integreret del af EU-retten.²

For det andet materialiserer EU-rettens koncernbegreber en ny dimension af den retspluralisme, som i forvejen har udfordret den vestlige, herunder den skandinaviske, forståelse af retsstaten: ikke blot indgår heri de efterhånden

¹ I forhold til denne afhandling ligger erhvervsøkonomiske og organisatoriske analyser af koncernforhold uden for emnet. Emnet er imidlertid velbeskrevet i såvel erhvervsøkonomisk og juridisk litteratur. Hvad angår sidstnævnte kan f.eks. henvises til Paul Krüger Andersen i Studier i dansk koncernret, 1997, kapitlerne 4 og 6.

² Gower & Davies fremhæver i Principles of Modern Company Law, 9. udgave, 2012, side 770 ff, netop betydningen af, at IASB-organisationen ikke er en europæisk organisation men i stedet en international organisation, og forklarer med baggrund heri det forhold, at EU anså det for fornødent at give køb på en egen tæt kontrol med egne regnskabsstandarder, som kunne have været alternativet til afhængigheden af IASB-standarderne.

velkendte problemstillinger i grænselandet mellem nationalstatens lovgivning og EU-retten, men nu også den særlige problemstilling, at EU-retten via en særlig komitologimetode har integreret IASB-standarderne i EU-retten, og samtidig i praksis har gjort sig afhængig af en privat organisations udvikling af samme standarder.

I spil kommer hermed ikke blot Hans Kelsens retspositivistiske lære om staten som personifikation af retsordenen og Jürgen Habermas' lære om staten som organisatorisk ramme for retten, som begge er centrale i den vestlige retsfilosofis antagelse om, at legitimitet og håndhævelse forenes i staten³ - og nu altså også med den ekstra dimension, som disse internationale regnskabsstandards integration i EU-retten indebærer.

Sådanne retsvidenskabelige overvejelser begrundes ikke mindst i det forhold, at EU-rettens koncernbegreber afspejler diversitet i deres udgangspunkt:

Indledningsvist analyseres inden for regnskabsretten både et direktivbaseret og et forordningsbestemt koncernbegreb og sidstnævnte med udgangspunkt i, at det pågældende koncernbegreber reelt har sit udspring i en privat organisations koncernbegreb.

Dernæst analyseres, hvorvidt der med udgangspunkt i den primære EU-ret kan udledes et selskabsretligt koncernbegreb, ligesom de hidtidige, aktuelle og varslede initiativer med henblik på etableringen af en selskabsretlig regulering af koncernen analyseres, herunder den aktuelt ikke usandsynlige mulighed for, at et sådant i givet fald etableres som "soft law" i skikkelse af en "EU-retlig anbefaling".

I denne afhandlings optik rejser sig i konsekvens ovenstående indledende betragtninger følgende problemstillinger:

- Efter hvilke principper fortolkes EU-rettens forskellige koncernbegreber?
- Hvilke retskildemæssige overvejelser giver EU-rettens koncernbegreber anledning til?
- Hvilke overvejelser i forhold til spørgsmålet om legitimitet giver EU-rettens koncernbegreber anledning til?

Sådanne spørgsmål har forskellig tyngde og relevans i forhold til koncernbegreber i den primære ret, det direktivbaserede regnskabsretlige koncernbegreb, det forordningsbestemte regnskabsretlige koncernbegreb og et (endnu ikke eksisterende) selskabsretligt koncernbegreb og er derfor i dette kapitels respektive afsnit omhandlende de netop oplistede emner behandlet under hensyntagen hertil.

³ Se også Frederik Thuesens analyse heraf i Fra retsstat til transnationalt retssamfund – retspluralisme, multikulturalisme og globalisering, Dansk Sociologi, nr. 2/18, årgang 2007, side 29 – 46.

Da en generel retsvidenskabelig behandling af EU-retsvidenskabelige aspekter ligger uden for denne afhandlings emne, vil ovenstående emner således alene indgå i det omfang, hvor det pågældende emne giver særlig anledning hertil.

5.2 EU-regnskabsrettens koncernbegreber

5.2.1 Historik

Den EU-retlige regulering af koncernregnskabsretten følger to spor:

Det første spor omhandler de direktivfæstede bestemmelser, som ved implementering af koncernregnskabsdirektivet og nu senest regnskabsdirektivet (2013) og med baggrund i den danske ÅRL's § 109 pålægger koncernmødre med direkte eller indirekte begrænset hæftelse (noterede som ikke noterede), og som ikke er omfattede af lovens bestemmelser om specifikke muligheder for fritagelser herfor, at udarbejde konsoliderede regnskaber.

Det andet spor omhandler EU-forordningerne (herunder aktuelt især 1606/2002 og 1254/2012) om forpligtelse for børsnoterede moderselskaber til at anvende IASB's internationale regnskabsstandarder i forbindelse med udformningen og aflæggelsen af konsoliderede regnskaber.

5.2.1.1 Regnskabsdirektiverne

Reglerne i koncernregnskabsdirektivet om forpligtelse for medlemslandenes koncerner til aflæggelse af koncernregnskaber var allerede varslet i forbindelse med vedtagelsen af regnskabsdirektivet, idet der i præamblen til dette 4. selskabsdirektiv af Kommissionen specifikt blev udtrykt ønske herom, og idet koncernregnskabsdirektivet på dette tidspunkt allerede var under udarbejdelse.

Bevæggrundene herfor blev formuleret som en akkumuleret afspejling af de bevæggrunde, der historisk har ligget til grund for forskellige medlemslandes og regnskabstraditioners udarbejdelse af koncernregnskaber,⁴ herunder f.eks. (men ikke udtømmende) beskyttelseshensyn over for selskabsejere, kreditorer, ansatte og andre tredjemænd ("Schutzzweck") i alle medlemslande, at fremme et fælles marked for køb og salg af virksomheder, at effektivisere et europæisk kapitalmarked, at undgå konkurrencemæssig ulighed inden for Fællesskabet som følge af forskellige krav i tilknytning til aflæggelsen af konsoliderede regnskaber samt at fremme mulighederne for multinationale selskaber i almindelighed, jf. også hvad i afsnit 3.2 er anført om koncernregnskabers *raison d'être*.

⁴ Se nærmere i Explanatory Memorandum, Proposal for a seventh Directive pursuant to Article 54 (3)(g) of the EEC Treaty concerning Group Accounts COM (76) 170 final, side 19.

Implicit kan også med den anførte hjemmel til direktivet indfortolkes et mere overordnet og generelt hensyn til udviklingen af Det Indre Marked.⁵

I koncernregnskabsdirektivet var ikke indeholdt noget egentligt koncernbegreb, men alene en definition til brug for afgrænsningen af konsolideringskredsen.

Det var for en række medlemslande, og herunder især de med en egentlig selskabsretlig koncernregulering, af afgørende betydning, at der i forbindelse med udarbejdelsen af koncernregnskabsdirektivet ikke måtte indgå en koncerndefinition, som kunne ”stå i vejen for” en senere ventet (men endnu i dag ikke opnået og af en række medlemslande aldrig ønsket) fælles selskabsretlig koncerndefinition.

Vejen til vedtagelsen af koncernregnskabsdirektivet indebar betydelige politiske kompromisser, idet medlemslandenes forskelligartede udgangspunkter i praktisk anvendelse og regeludformning, når det gjaldt konsoliderede regnskaber, stod i vejen herfor,⁶ og idet fællesskabsretlig regulering i forhold hertil i flere medlemslande skønnedes at kunne føre til indgribende og utilsigtede ændringer også inden for andre retsområder.

Et tungtvejende hensyn var der ikke mindst at tage til de medlemslande, hvor skatteansættelsen var tæt knyttet op på koncernregnskaber, og hvor de utilsigtede virkninger af ændrede regler for aflæggelsen af koncernkoncernregnskaber kunne få vidtrækkende konsekvenser for såvel virksomheder som samfundsøkonomien.

Grundsynet, enhedsteorien (i en i tysk perspektiv ikke ”rendyrket” form), på den direktivbaserede regnskabsmæssige koncern findes dog i virkeligheden i regnskabsdirektivets (2013) artikel 24, stk. 7 (tidligere koncernregnskabsdirektivets artikel 26, stk. 1):

”De af konsolideringen omfattede virksomheders aktiver og passiver, finansielle stilling og resultat skal fremgå af det konsoliderede regnskab, som om der var tale om en enkelt virksomhed....”

Med baggrund i denne afhandlings emne er det bemærkelsesværdigt, at ikke mindst netop formuleringen af koncernregnskabsdirektivets konsolideringskreds (”koncernbegrebet”) var kilde til væsentlige uoverensstemmelser.

⁵ Se uddybende herom i afsnit 3.2.4.

⁶ Se nærmere også afsnit 2.5 – økonomiske og juridiske koncernbegreber

Det stod klart, at især to helt grundlæggende forskellige tilgange var udbredt i medlemslandene:⁷

I medlemsstater med angelsaksisk regnskabsmæssig (og til dels selskabsretlig) tradition anvendtes, jf. afsnit 4.2.2, var fortrinsvis juridisk baserede og konkret målbare kriterier med kontrol som omdrejningspunkt for koncernetableringen.

Kontrol var, jf. hvad tidligere er beskrevet i afsnit 4.3.5, baseret på ”magten” og ”opnåelsen af afkast”, og opgørelse af stemmerettigheder og andre juridisk konstaterbare rettigheder i forhold til organbeherskelse udgjorde grundlaget for kontrol.⁸

I andre medlemsstater (fortrinsvist kontinentaleuropæiske og herunder især Tyskland) anvendtes et bredere økonomisk koncernbegreb (eller retteligen virksomhedsgruppebegreb, jf. det i afsnit 2.2.1 nævnte) med henblik på at afspejle den økonomiske enhed i koncerner, hvor juridisk selvstændige selskaber i praksis opererede som én økonomisk enhed.

En sådan regnskabsmæssig gruppe – eller enhed – består i denne regnskabsmæssige tradition i kraft af en enheds (koncerndatterens) afhængighed af endnu en enheds (koncernmoderens) bestemmende indflydelse (engelsk: ”dominant influence”, tysk: ”beherrschender Einfluss”) over én eller flere andre enheder.

I udkast til koncernregnskabsdirektivet⁹ var således med tysk forbillede indeholdt koncerndefinitioner baserede på definitioner af den herskende virksomhed som en virksomhed, der er i stand til, direkte eller indirekte at udøve bestemmende indflydelse, ligesom der var indført formodningsregler for, hvornår der forelå en sådan bestemmende indflydelse (majoritetsejerskab til kapitalen, kontrol over flertallet af stemmerettigheder, udpegning af flertallet af medlemmer i virksomhedens organer).

Tillige var den faktiske udøvelse af bestemmende indflydelse kombineret med koncernmoderens fælles ledelse afgørende for eksistensen af en koncern, ligesom fælles ledede virksomheder udgjorde koncerner (horisontale koncerner).

Forud for Kommissionens konklusioner, som de er beskrevet just nedenfor, var på Kommissionens foranledning i 1978 udarbejdet den såkaldte

⁷ Se også Dorresteijn m.fl., *European Corporate Law*, 2. udgave, side 71 ff, og John Flower, *Global Financial Reporting*, 2002, side 520 ff.

⁸ I denne sammenhæng skal også ses IASB-standardernes præmis om, at ”power” beror på ”rights” jf. IFRS 10.10.

⁹ F.eks. Amended Proposal for a Seventh Directive Pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty Concerning Group Accounts, COM (78), 703 final. Det første udkast var fra 1976 – COM (76) 170 final.

Schwörerbetænkning,¹⁰ hvis formål var at sætte punktum for den forudgående strid mellem medlemslandene om formuleringen af en række af direktivets centrale begreber.

Denne betænkning indeholdte i sine kommentarer til Kommissionens direktivudkast grundige analyser og perspektivering af det således foreslåede koncernbegreb (og dermed i virkeligheden en også en værdifuld indføring i koncernsynet i den tyske "Einheitstheorie").¹¹

Da Kommissionen fremsatte sit forslag til formulering af konsolideringskredsen, uddybedes i Explanatory Memorandum til forslaget til 7. direktiv¹² vedrørende vertikale koncerner som følger:

"The Commission is in favour of a general and wide-ranging definition of groups of companies which attempts to come to grips with the economic realities of the situation. Precise definitions were considered too rigid and inflexible to take account of the many forms assumed by groups of companies..... A precise definition of the kind referred to above is, moreover, much too limited in scope, since it disregards the question of minority holdings. It is a fact that even where a majority of the capital of an undertaking is not held, control may in many cases be gained and the undertaking integrated into the group".

Tilsvarende vedrørende konsolidering i horisontale koncerner anførtes samme sted:

"The Commission believes that those same arguments which militate in favour of consolidating the accounts of vertical groups may be advanced to justify requiring the accounts of horizontal groups to be consolidated. The undertakings concerned are in practice managed as an economic unit and all those with an interest in the state of each undertaking taken individually have an equal interest in being informed of the state of the group, since the position of the individual undertaking is to a large extent determined by it."

En række i forvejen kendte indvendinger mod direktivforslagets begrebsanvendelse¹³ i forhold til blandt andet "dominant undertaking" (på dansk

¹⁰ Betænkningen over forslaget fra Kommissionen for De europæiske Fællesskaber til Rådet (dok. 116/76) til et syvende direktiv om koncernregnskaber i henhold til EØF-traktatens artikel 54, stk. 3, litra g).

¹¹ Forud for Schwörer-betænkningen havde Det økonomiske og sociale Udvalg udtalt som følger: "...Dette indebærer, at koncernvirksomhederne må medregnes i koncernregnskabet, uanset deres retlige organisationsform, og at den økonomiske enhed og den fælles ledelse skal tages som udgangspunkt for en definition af koncernbegrebet", EFT C75/5.

¹² Proposal for a Seventh Directive pursuant to Article 54 (3) (g) of the EEC Treaty Concerning Group Accounts, COM /76) 170 final, side 21.

¹³ F.eks. C 75/6 Det økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om forslag til et syvende direktiv om koncernregnskaber i henhold til EØF-traktatens artikel 54, stk. 3, litra g.

”herskende virksomhed” og på tysk ”beherrschendes Unternehmen”), ”dominant influence” (på dansk ”bestemmende indflydelse”, på tysk ”beherrschender Einfluss”) og ”central and unified management” (på dansk ”fælles ledelse” og på tysk ”einheitliche Leitung”) blev behandlet i Explanatory Memorandum,¹⁴ hvor der konkluderedes som følger:

”Objections that such vague formulas as ”dominant influence” and ”managed on a central and unified basis” are difficult to apply in practice are refuted by the fact that clear and precise presumptions are provided for in the Directive in respect of the application of these two formulas. These presumptions will, in practice, constitute firm and almost automatic evidence in the majority of cases that a group exists”.

Hverken Schwörer-betænkningen eller Kommisisonens anbefalinger formåede imidlertid at overbevise et tilstrækkeligt antal af medlemslandene, og resultatet blev, som allerede angivet ovenfor, et koncernregnskabsdirektiv uden definition af koncernen, men indeholdende et udvalg af ”bright-line”-koncernindikatorer, der var hentet fra forskellige koncernregnskabsreguleringer, og dog således, at de obligatoriske fortrinsvis var hentet fra den angelsaksiske regnskabsregulering og de fakultative fra den tyske koncernregnskabsregulering.¹⁵

Interessant er det imidlertid, at den oprindelige intention i forbindelse med udarbejdelsen af regnskabsdirektivet (2013)¹⁶ var at gøre også disse ”økonomiske” kriterier obligatoriske, hvilket imidlertid ikke skete. Se nærmere herom senere i dette kapitel.

Tiden efter koncernregnskabsdirektivets implementering viste dog, at forståelsen af koncernregnskabsdirektivets definitioner af konsolideringskredsen (”koncernbegreb”) ingenlunde var entydig, idet medlemslandene især med baggrund i egne regnskabsmæssige traditioner fortolkede og anvendte begreber forskelligt i medlemslandene, og i erkendelse heraf udsendte Kommissionen i 1998

¹⁴ Proposal for a Seventh Directive pursuant to Article 54 (3) (g) of the EEC Treaty Concerning Group Accounts, COM /76) 170 final, side 21.

¹⁵ Som et kuriosum kan nævnes, at dele af koncerndefinitionen var omfattet af den pligt, der efter koncernregnskabsdirektivets artikel 50 var for Kommissionen til at gennemføre et ”eftersyn” af de udvalgte bestemmelser efter 5 år. Se nærmere om resultatet heraf i Beretning fra Kommissionen til Rådet om de erfaringer, der er gjort i medlemsstaterne i forbindelse med anvendelsen af en række bestemmelser, der er nærmere fastsat i artikel 50 i Rådets direktiv 83/349/EØF, om konsoliderede regnskaber, KOM (96) 94 endelig udg.

¹⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Annual Financial Statements, Consolidated Financial Statements and Related Report of Certain Types of Undertakings, COM (2011) 684 final.

en fortolkningsmeddelelse,¹⁷ hvori centrale elementer i den vertikale koncerndefinition blev udlagt for medlemslandene.

Som de fleste andre direktiver indholdte også koncernregnskabsdirektivet en række valgmuligheder, hvilket tillige gjorde sig gældende i forbindelse med fastlæggelsen af konsolideringskredsen i vertikale koncerner, og der indgik (og indgår fortsat med det seneste regnskabsdirektiv (2013)) såvel obligatoriske som fakultative elementer for udmøntning i nationalstaternes koncernregnskabsregulering.

De obligatoriske elementer baserer sig i høj grad på de jure-kontrol såsom kontrol over en koncerndatter med baggrund i retligt funderede rettigheder over stemmerettigheder, rettigheder i forhold til udpegning af et flertal af medlemmer af det øverste ledelsesorgan eller aftalebaseret ret til kontrol.

I tillæg hertil kommer en række valgmuligheder, hvor en minoritetsindehaver har de facto-kontrol i kraft af bestemmende indflydelse eller ved udøvelse af fælles ledelse. Definitionen af koncernregnskabsdirektivets (og regnskabsdirektivet (2013)'s) fastlæggelse af konsolideringskredsen analyseres i afsnit 5.2.2.

Regnskabsdirektivet og koncernregnskabsdirektivet afløses nu af regnskabsdirektivet (2013),¹⁸ som skal være implementeret i medlemslandenes nationale regnskabslovgivninger senest juli 2015 og med virkning for koncernregnskabsaflæggelse i regnskabsår med start fra og med 1. januar 2016.

Regnskabsdirektivet (2013) indeholder – i modsætning til de hidtidige regnskabsdirektiver og jf. det tidligere omtalte herom - en egentlig regnskabsretlig koncerndefinition, dog alene i form af en definition i direktivets artikel 1 af koncernen som bestående af en koncernmoder og én eller flere koncerndøtre.¹⁹

Begrebsmæssigt indeholder nævnte nye definatoriske fastlæggelse af koncernen/konsolideringskredsen nyskabelser, som sprogligt har god overensstemmelse med begrebsanvendelsen i de internationale (men ikke den danske, jf. også afsnit 4.4.12) versioner af IFRS 10-standarden (og tidligere IAS 27 (2008)-standard).

Begrebet ”koncern” (engelsk ”group” og tysk ”Gruppe”) defineres som en modervirksomhed og alle dens dattervirksomheder, ”modervirksomhed” (engelsk ”parent undertaking” og tysk ”Mutterunternehmen”) defineres som en virksomhed,

¹⁷ Fortolkningsmeddelelse vedrørende bestemte artikler i Rådets fjerde og syvende regnskabsdirektiv 98/C 16/04.

¹⁸ Dir. 2013/34/EU.

¹⁹ Se nærmere herom i Gitte Søgaard, Introduction of a Group Definition in the New Accounting Directive: The Impact on Future Accounting Regulation, European Company Law 11, No. 5, 2014, side 232-236.

der kontrollerer en eller flere dattervirksomheder, og endelig defineres ”dattervirksomhed” (engelsk ”subsidiary undertaking” og tysk ”Tochterunternehmen”) som en virksomhed, der er kontrolleret af en modervirksomhed.

Ingen ændring er dog i henhold til Explanatory Memorandum²⁰ i direktivforslaget tilsigtet i forhold til koncernregnskabsdirektivets indholdsmæssige forståelse, og den nye artikel 22 om konsolideringskredsen er da også begrebs- og indholdsmæssigt næsten konsistent med det hidtil gældende koncernregnskabsdirektivs afgrænsning af konsolideringskredsen, når bortses ændringer af rent sproglig og disponeringsmæssig karakter.

Nogen afspejling af Moonitz’ analyser af begrebet ”controlling influence”²¹ eller nogen imødekomme i forhold til betænkelighederne forud for vedtagelsen af koncernregnskabsdirektivet vedrørende den sproglige formulering af afgrænsningen af konsolideringskredsen ses dermed ikke at fremgå af forarbejderne til regnskabsdirektivet (2013).

En indholdsmæssig analyse af begreberne vedrørende konsolideringskredsen i regnskabsdirektivet (2013) følger i denne afhandlings afsnit 5.2.2.

Koncernregnskabsdirektivets implementering i de daværende EF-landes nationale regnskabslovgivninger afspejlede den tidligere nævnte retspluralistiske baggrund for de ovenfor beskrevne historiske og politiske forskelligheder i tilgangen til konsoliderede regnskaber.

Tillige blev i denne sammenhæng udstillet de vanskeligheder, der i en række sammenhænge har vist sig ved anvendelse af direktivet som reguleringsform; koncernregnskabsdirektivet bestod af obligatoriske regler, der skulle implementeres ens – og efterfølgende fortolkes ens – og af minimumsregler, der gav medlemslandene muligheder for egne strengere krav.

Med direktivets 51 valgmuligheder²² (herunder også i forbindelse med definitionen af begrebet ”dattervirksomhed”) kom medlemslandenes nationale regnskabsregler dermed til at fremstå med betydelige indbyrdes forskelle.²³

²⁰ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, COM/2011/0684 final – 2011/0308 (COD), punkt 4.1.

²¹ Se afsnit 4.4.2

²² Angiveligt skulle den britiske regnskabsprofessor Christopher Nobes i 1990 have beregnet sig frem til, at alle kombinationer af valgmuligheder i 7. selskabsdirektiv skulle føre til, at konsoliderede regnskaber i henhold til direktivet skulle kunne udarbejdes på 2.000.000.000.000.000 forskellige måder. – Kilde: John Flower, European Financial Reporting – Adapting to a Changing World, 2004 side 123.

En række forhold var slet ikke, eller ikke i tilstrækkelig grad,²⁴ omfattet af koncernregnskabsdirektivet.

Der var endvidere eksempler på bestemmelser, som slet ikke blev implementeret,²⁵ på såkaldt ”soft transformations”, hvor direktivets bogstav nok blev fulgt ved implementeringen, men hvor direktivets ånd blev kompromitteret,²⁶ og på såkaldt ”skin-deep harmonisation”, hvor formkrav – f.eks. i form af obligatoriske regnskabsformater – nok blev overholdt, men hvor den information, som indførtes i formaterne, blev udtrykt ved vage formuleringer.

Dette var også tilfældet med koncernregnskabsdirektivets artikel 1 om definitionen af konsolideringskredsen i vertikale koncerner og artikel 12 om definitionen af konsolideringskredsen i horisontale koncerner:

Koncernregnskabsdirektivets artikel 1, stk. 1, indeholder de obligatoriske de jure-elementer i definitionen af konsolideringskredsen, dog også her med indbyggede valgmuligheder.

I Kommissionens spørgeskemaundersøgelse fra 2000²⁷ svarede alle daværende medlemslande (Holland dog med forbehold for sprogligt alternativ udformning af sit nationale regelsæt) da ejheller overraskende bekræftende på spørgsmålet om, hvorvidt artikel 1, stk. 1, a-d, var implementeret i national regnskabslovgivning.

I koncernregnskabsdirektivets artikel 1, stk. 1, litra c, indeholdtes det implementeringsmæssigt obligatoriske krav om konsoliderede regnskaber for den koncernmoder, der er deltager i virksomheden, og som har en rettighed til i kraft af en med koncerndatter indgået aftale (f.eks. ”Beherrschungsvertrag” efter tysk forbillede) at udøve bestemmende indflydelse over denne, eller som i kraft af vedtægtsbestemmelser herom tilsvarende har ret til at udøve bestemmende indflydelse over koncerndatteren.

²³ Denne risiko var forudset af Kommissionen: ”Moreover, wide-ranging exception clauses appear to be no more of a satisfactory solution, since they will continuously be liable to abuse and will cause the Directive to be applied unevenly, since they will in practice be interpreted subjectively”. Proposal for a seventh Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty concerning group accounts, COM /76) 170 final, side 20 ff.

²⁴ F.eks. foreign currency translation, leasing, pensioner, langtidskontrakter.

²⁵ F.eks. valgte Tyskland ikke at implementere reglen om, at direktivets regler i særlige tilfælde skulle vige, såfremt dette ville være nødvendigt for at opnå ”a true and fair view”.

²⁶ F.eks. valgtes det i Tyskland nok at implementere reglen om selskabers offentliggørelse af regnskaber, men der fastsattes ingen sanktioner for ikke at gøre det, hvilket medførte, at mindre selskaber – i hvert fald i de første år efter direktivets implementering – kun i begrænset omfang valgte at offentliggøre regnskaber.

²⁷ Implementation of the Seventh Directive in EU Member States, 2000

I tillæg hertil indeholder samme bestemmelse en valgfrihed for medlemslandene til tilsvarende at forlange udarbejdelse af konsoliderede regnskaber for den koncernmoder, der ikke har ejerandele i virksomheden,²⁸ hvilken mulighed blandt andet blev udnyttet af Tyskland, Italien, Irland og Storbritannien, medens blandt andet Danmark (foreløbig), Belgien, Frankrig, Grækenland, Luxembourg, Portugal, Holland og Spanien afstod herfra, sidstnævnte to allerede fordi bestemmelsen ikke var anvendelig i Holland og Spanien.

Også koncernregnskabsdirektivets artikel 1, stk. 1, litra d, havde en indbygget valgmulighed for medlemslandene, idet medlemslandene herefter havde valgfrihed med hensyn til at indføre pligt til udarbejdelse af konsoliderede regnskaber for den koncernmoder, der foruden at være deltager i koncerndøtre, tillige 1) enten ved udøvelse af koncernmoderens stemmerettigheder alene havde udnævnt flertallet af koncerndatterens administrations-, ledelses- eller tilsynsorganer, der havde fungeret mindst i forudgående regnskabsår og frem til tidspunktet for det konsoliderede regnskabs udarbejdelse, 2) og/eller ved aftale med andre virksomhedsdeltagere rådede over flertallet af stemmerettighederne i koncerndatteren.

Pligt til udarbejdelse af konsoliderede regnskaber i henhold til den første mulighed, udnævnelse af flertallet af medlemmerne i koncerndatterens organer, tilvalgte i blandt andet Belgien, Frankrig, Portugal og Spanien (Frankrig med udnyttelse af muligheden for at kræve 40 % andel af stemmerettigheder), medens Danmark, Tyskland, Grækenland, Italien, Irland, Luxembourg og Storbritannien afstod herfra.

Sidstnævnte mulighed, koncernmoderens råden ved aftale over stemmeflertallet, blev specifikt tilvalgt i Frankrig, Tyskland, Grækenland, Italien, Irland, Luxembourg, Portugal, Spanien og Storbritannien, medens muligheden almindeligvis også antoges at gælde i Holland, Belgien og Danmark, omend den daværende lovgivning i modsætning til den nugældende ikke eksplicit blev angivet i lovgivningen.

Alene Frankrig og Spanien implementerede oprindeligt dermed begge muligheder.

Krav til sådanne aftalers udformning sås ikke oprindeligt implementerede i noget medlemsland.

En noget uensartet implementering kendetegnede også den oprindelige²⁹ de facto-kontrolbestemmelse i artikel 1, stk. 2. Muligheden i artikel 1, stk. 2, litra a, for at kræve konsoliderede regnskaber, hvor en koncernmoder har en (ikke nødvendigvis majoritetsmæssig) ejerandel i koncerndatteren, og samtidig udøver faktisk kontrol

²⁸ Se nærmere i afsnit 6.1.3 om denne bestemmelses forenelighed med dansk selskabsret.

²⁹ Bestemmelsen blev ændret ved dir. 51/2003/EF.

over virksomheden, blev implementeret i blandt andet Belgien, Danmark, Frankrig, Grækenland, Irland, Holland, Spanien og Storbritannien, medens lande som f.eks. Tyskland, Italien, Luxembourg og Portugal valgte ikke at implementere bestemmelsen.

Den implementeringsmæssigt fakultative del af bestemmelsen vedrørende udarbejdelse af konsoliderede regnskaber i artikel 1, stk. 2, litra b, hvor en koncerndatter underlægges fælles ledelse med en koncernmoder, der har ejerandele i virksomheden, blev implementeret i Belgien, Frankrig, Tyskland, Grækenland, Irland, Holland, Spanien og Storbritannien, hvorimod Danmark, Italien, Luxembourg og Portugal afstod herfra.³⁰

Når det gælder horisontale koncerner, indeholdt artikel 12, stk. 1, litra a, valgfrihed i forhold til implementering af krav om konsoliderede regnskaber i koncerner, hvori ikke består et vertikalt koncernforhold, men hvor virksomhederne har fælles ledelse med baggrund i en aftale eller i vedtægter. I artikel 12, stk. 1, litra b, var givet samme mulighed i koncerner, hvori ikke består et vertikalt koncernforhold, og hvori flertallet af medlemmer i administration, ledelse eller tilsynsorganer udgøres af samme personkreds i de involverede virksomheder. Alene Belgien, Grækenland og Holland implementerede oprindeligt disse muligheder.

Som ovenstående kortfattede gennemgang af medlemslandenes oprindelige implementering af koncernregnskabsdirektivets afgrænsning af konsolideringskredsen illustrerer, resulterede koncernregnskabsdirektivet i en ganske forskelligartet opfattelse af den regnskabsmæssige koncern, sådan som den blev defineret i medlemslandenes nationale regnskabslovgivning.

Til de daværende EF-landes implementering af koncernregnskabsdirektivet knyttes i øvrigt følgende kommentarer til udvalgte landes særkender på dette område:

Den franske implementering af koncernregnskabsdirektivet i fransk lovgivning blev i samtiden anset for et markant brud med hidtidige regnskabsprincipper og krav til koncernregnskabsaflæggelse, og i vide kredse var accepten af behovet for adoptering af angelsaksisk koncernregnskabsret til at overse, ikke mindst når det drejede sig om ”franco-French” koncerner (koncerner med kun franske virksomheder).

Implementeringen af koncernregnskabsdirektivet skete i første omgang ved indførelsen i fransk selskabslovgivning af meget fåtallige og meget overordnede bestemmelser, der af det franske nationale regnskabsråd, Comité de la Réglement Comptable, (CNC) suppleredes med en række obligatoriske

³⁰ Se nærmere i afsnit 6.2.2 om en sådan formulerings forenelighed med dansk selskabsret.

standarder, som senere kom til at indgå i en egentlig fransk regnskabslovgivning.

I forhold til det regnskabsretlige koncernbegreb har franskmændene i den nationale lovgivning udviklet en særegen ”matematisk” model:

Fuld konsolidering – og dermed koncernetablering - fordrer én af 3 typer ”contrôle exclusif”: 1. Contrôle exclusif de droit: en de jure kontrol, som beror på en ejerandel > 50 % af stemmerettigheder, 2. Contrôle exclusif de fait: en de facto kontrol, som beror på en ejerandel > 40 % af stemmerettigheder og besættelse på de to seneste generalforsamlinger af flertallet af pladserne i den øverste ledelse, 3. Contrôle exclusif conventionnel: dominerende indflydelse i kraft af aftale eller vedtægtsbestemmelse.

Sidstnævnte muliggør den franske specialitet, de såkaldte ”location-gérance-aftaler”, hvorefter der med en virksomhed kan indgås en form for ”leje-/forpagtningsaftale”, hvorved en virksomhed kan opnå en form for brugsrettighed over en anden virksomheds set-up i form af produktionsapparat mv.

Bemærkes bør det tillige, at ”contrôle conjoint” i fransk praksis kan foreligge f.eks. i tilfælde, hvor der er tale om betydningsfulde leverandør- eller kundeforhold, hvor en virksomhed for en anden stiller tekniske eller personelle ressourcer til rådighed, eller når en virksomhed har en rettighed til en vis andel af produktionen.

Særligt voldte koncernregnskabsdirektivets artikel 1, stk. 1, litra d, litra bb, vanskeligheder, idet stemmeaftaler var ulovlige i Frankrig. Også begreber som ”dominerende indflydelse” og ”fælles ledelse” var problematiske, idet disse nyskabelser ansås for tysk-inspireret tankegang, som lå fjernt fra traditionel fransk tankegang.

Ejheller i Tyskland blev udsigten til implementering af koncernregnskabsdirektivet imødeset med udelt positive forventninger, om end Tyskland tidligt og i forbindelse med vedtagelsen den 19. december 1985 af den såkaldte ”Bilanzrichtlinien-Gesetz”, der på én gang implementerede henholdsvis regnskabsdirektivet, koncernregnskabsdirektivet og 8. selskabsdirektiv, løste opgaven. Vedtagelsen skete i forbindelse med en grundlæggende omorganisering af regnskabslovgivningen, hvorved alle forpligtelser i tilknytning til regnskabslovgivning, koncernregnskabslovgivning, lovpligtig revision og oplysningsforpligtelser i øvrigt blev indføjet som en 3. Bog i Handelsgesetzbuch (HGB). Reguleringen af koncernregnskaber trådte i kraft i 1990.

Fra tysk side valgtes en nærmest ordret implementering af koncernregnskabdirektivets formuleringer for så vidt angår de obligatoriske elementer i forordningen. – For så vidt angår direktivets fakultative elementer valgtes derimod en implementering så tæt som muligt på tidligere national tysk praksis, og implementering af strengere regnskabskrav end direktivets blev der helt afstået fra.

Forhåbningen fra tysk side var i den forbindelse, at praksisdannelsen herefter ville blive mere liberal – og mindre ”angelsaksisk”, idet erkendelsen dog var til stede, at udmøntningen af koncernregnskabdirektivet i en periode op gennem 1990’erne som følge heraf ville blive uensartet.

Fra tysk side blev der i forhold til denne fremgangsmåde argumenteret, at en overgang til en fremmed angelsaksisk tilgang til koncernregnskabsaflæggelse skulle ske under størst mulighed hensyntagen til virksomhedernes mulighed for tilvænning hertil, ligesom den daværende tyske forbundsregering ønskede en så liberal lovgivning som muligt for koncernregnskabsaflæggelse.³¹

I Tyskland består ingen forpligtelse til aflæggelse af konsoliderede regnskaber i horisontale koncerner (Gleichordnungskonzerne).

I vertikale koncerner (Unterordnungskonzerne) består jf. HGB § 290, Abs. 2, konsolideringsforpligtelse efter såvel de jure kriterier som de facto kriterier.

Kendetegnende for den tyske implementering af koncernregnskabdirektivets artikel 1 er det, at den valgfri mulighed for at implementere reglerne om konsoliderede regnskaber i koncerner, hvor koncernmoderen på aftale- eller vedtægtsmæssigt grundlag udøver kontrol over koncerndatteren – også hvor der ikke er tale om ejerskab, blev udnyttet. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med tysk selskabsrets mulighed for etablering af såkaldte ”Beherrschungsvertrag-modeller”.

Endvidere valgte Tyskland i artikel 1, stk. 2, at implementere litra b-muligheden (konsolidering ved fælles ledelse) men ikke – i hvert fald i første omgang – litra a-muligheden (minoritetsdeltager med faktisk kontrol).

I forhold til Grækenland bemærkes, at Grækenland som een af i alt tre lande oprindeligt implementerede direktivets artikel 12 om horisontale koncerner.

Irland implementerede først koncernsregnskabdirektivet ved S.I. No. 201/1992 – European Communities (Companies: Group Accounts) Regulations i 1992.

³¹ Klaus von Wysocki, Group Accounting in Germany, International Group Accounting, 1993, side 98.

Den irske definition af konsolideringskredsen blev i forbindelse med implementeringen af koncernregnskabsdirektivet udformet i overensstemmelse med angelsaksisk tradition, men bemærkelsesværdigt er det i denne sammenhæng, at der - foruden de jure-kontrol - også blev beskrevet en konsolideringskreds på baggrund af de facto-kontrol og med baggrund i ”control contracts” med forbillende i ”Beherrschungsvertrag”-princippet.

I Luxembourg blev koncernregnskabsdirektivet implementeret ved lov af 11. juli 1988 og med ikrafttræden fra 1990. Angiveligt ud fra et hensyn om at minimere bureaukrati³² implementerede Luxembourg direktivet under omfattende udnyttelse af direktivets valgmuligheder, således at implementeringen blev så lidt ”indgribende” som muligt i forhold til den liberale praksis, der i forvejen herskede.

I forbindelse med implementeringen af koncernregnskabsdirektivet opnåede Luxembourg en særlig undtagelse fra EF-regelsættet, idet finansielle holdingselskaber under en række nærmere angivne forudsætninger blev fritaget for udarbejdelsen af konsoliderede regnskaber.

I Holland blev koncernregnskabsdirektivet implementeret ved lov i 1988 og med virkning fra 1989.

Med implementeringen af koncernregnskabsdirektivet blev afgrænsningen konsolideringskredsen ikke - som i de øvrige medlemslande - alene knyttet op på tilstedeværelsen af en eller flere koncerndøtre, om end begrebet dattervirksomhed er defineret i den hollandske regnskabsret.

Særegent er det således, at der i hollandsk koncernregnskabsret blev taget udgangspunkt i en konsolideringskreds defineret ved virksomheder, der tilsammen udgør en økonomisk enhed og med indbyrdes organisatoriske bånd. Dattervirksomheder i direktivets artikel 1 forstand skal således - sammen med koncernens øvrige virksomheder - indgå i konsolideringskredsen.

I Holland blev tillige koncernregnskabsdirektivets artikel 12 om horisontale koncerner implementeret, og i Holland kan f.eks. management kontrakter således føre til pligt om udarbejdelse af konsoliderede regnskaber.

I Storbritannien blev koncernregnskabsdirektivet implementeret ved Companies Act 1989 og med ikrafttræden december 1989.

Bemærkelsesværdigt er det i denne sammenhæng, at den hidtidige britiske regulering, der havde anvendt begrebet ”group accounts”, herefter i lighed med

³² Peter Clark, Group Accounting in Luxembourg, International Group Accounting, 1993, side 174.

de øvrige medlemslande i sin regulering anvendte ”consolidated accounts”-begrebet.

Som netop påvist blev koncernregnskabsdirektivets artikel 1 om definitionen af dattervirksomheden til brug for fastlæggelse af konsolideringskredsen således implementeret – og har eftertiden vist – fortolket meget forskelligt.

Nogle af de væsentlige problemstillinger i tilknytning hertil blev præciseret af Kommissionen i 1998,³³ hvor det i tilknytning til artikel 1, stk. 1, litra a, blev præciseret, at ”flertal” ikke nødvendigvis beror på aktiekapital, men skal beregnes i forhold til stemmerettigheder, ligesom det blev anset for fornødent at præcisere betydningen af ”simpelt flertal”.

Efterfølgende blev definitionen af konsolideringskredsen i koncernregnskabsdirektivets artikel 1 i 2003 ændret ved moderniseringsdirektivet,³⁴ idet der i tilknytning til Forordningerne om obligatorisk anvendelse for noterede selskaber af IASB-regnskabsstandarden blev afdækket et behov for en tilnærmelse (”level playing field”) mellem regelsættene for virksomheder, der skulle anvende IASB-standarden og de, der i henhold til national lovgivning ikke skulle gøre det – men kunne gøre det.

Allerede i Kommissionens analyse ”Regnskabsharmonisering: En ny strategi vis-à-vis international harmonisering”³⁵ var det forudset, at en sådan ændring kunne vise sig nødvendig, og af præambelens punkt 9 til det nævnte direktivforslag³⁶ fremgår da også, at Kommissionen med det nævnte direktiv mente at have fjernet ”samtlige uoverensstemmelser” mellem regnskabdirektiverne og IAS pr. 1. maj 2002.

Set i forhold til definitionen af den regnskabsmæssige koncern var de væsentligste ændringer fjernelse af de tidligere direktivbestemmelser om, at kontrol forudsatte en kapitalinteresse, samt den tidligere direktivbestemmelse om, at en virksomhed, hvis aktivitet afveg væsentligt fra koncernmoderens aktivitet, skulle udeholdes af konsolideringskredsen.

³³ Fortolkningsmeddelelse 98/C 16/04.

³⁴ Dir. 2003/51/EF af 18. juni 2003.

³⁵ KOM (95) 508 endelig udg., punkt 5.3, side 7: ”Hvis denne undersøgelse afslører konflikter mellem direktiverne og IAS, skal disse uoverensstemmelser undersøges fra sag til sag. Kommissionen har umiddelbart den opfattelse, at der kun vil vise sig at være problemer i beskedent omfang. Hvis der er konflikt, skal der findes en løsning..... Hvis det er absolut nødvendigt, vil Kommissionen foreslå ændringer af direktiverne”.

³⁶ KOM (2002) 259/2 endelig udg.

Det hidtidige krav om kapitalinteresse for koncernindikation medførte blandt andet, at det i afsnit 4.3.5.9 behandlede fortolkningsbidrag SIC 12 til IAS 27 om de såkaldte SPE-koncerndøtre ikke kunne anvendes.

Anvendelsen af såkaldte SPE-virksomheder gav tillige, sammen med andre forhold, anledning til endnu en ændring af koncernregnskabsdirektivet ved ændringsdirektiv 2006/04/EF, hvorved indførtes minimumsregler for øget gennemsigtighed af ikke-balanceførte dispositioner.

Set i et dansk perspektiv banede denne ændring af den direktivbestemte regnskabsmæssige koncerndefinition, hvor denne angiveligt blev bragt i overensstemmelse med de internationale regnskabsstandards koncernbegreb, i realiteten vejen for, at der i forbindelse med ændringerne i ÅRL (og SL) i 2009 kunne introduceres den nuværende afgrænsning af konsolideringskredsen i bilag 1B, og dermed altså introduktionen af en regnskabsmæssig koncerndefinition med udgangspunkt i IAS 27 (2008). Se nærmere herom i kapitel 6.

Med introduktionen af den i en række henseender meget ændrede koncerndefinition i IFRS 10 kan denne hidtil så højt prioriterede overensstemmelse mellem regnskabsdirektivet (2013) og de internationale regnskabsstandards, i hvert fald når det gælder koncerndefinitionen, ikke antages længere at foreligge, ligesom ej heller den danske årsregnskabslovs koncerndefinition kan siges at afspejle IFRS 10-koncerndefinitionen.

5.2.1.2 *Det forordningsbaserede koncernbegreb*

Koncernregnskabsdirektivet var endnu ikke implementeret i samtlige medlemslande, før Kommissionen måtte sande, at regnskabskravene til noterede selskaber med aktiviteter uden for det europæiske kapitalmarked reelt blev sat af verdens internationale børser, og at de europæiske regnskabskrav i en række tilfælde førte til, at selskaber måtte udarbejde to forskellige sæt koncernregnskaber efter henholdsvis de fælleseuropæiske regler og i overensstemmelse med de internationale kapitalmarkeders regnskabskrav.³⁷

Ikke mindst den tyske Daimler Benz concerns introduktion på New York Stock Exchange (og i øvrigt børserne i Zürich, Tokyo, London, Wien og Paris) illustrerede i praksis de europæiske koncernregnskabsreglers utilstrækkelighed.

De amerikanske fondsmyndigheder, SEC, anerkendte ikke de tyske regnskaber, som var udarbejdet i overensstemmelse med national tysk lovgivning, der igen

³⁷ Se nærmere om Kommissionens anskuelse af denne problemstilling i Meddelelse fra Kommissionen – Regnskabsharmonisering: en ny strategi vis-à-vis international harmonisering, KOM (95) 508 endelig udg., side 2.

var udformet med baggrund i det implementerede koncernregnskabsdirektiv, og SEC forlangte regnskaber udarbejdet efter US GAAP-standarderne.

De umiddelbare negative konsekvenser var tids- og omkostningsmæssige, men langt større opmærksomhed tiltrak det sig i europæisk sammenhæng, at samme koncerns regnskabstal udviste betydelige forskelle i forhold til, om de var opgjort efter regnskabsdirektivernes bestemmelser eller efter US GAAP-standarderne.

F.eks. udviste koncernregnskabet udarbejdet efter nationale tyske regler et positivt resultat på DM 602 mio., medens resultatet opgjort efter US GAAP var negativt med DM 1.839 mio. – Når det kom til egenkapitalen, kunne denne efter tyske nationale regler pr. 31. december 1993 opgøres til DM 17.584 mio., medens egenkapitalen efter US GAAP opgørelsesmetoderne beløb sig til DM 26.281 mio.

Daimler Benz og flere tilsvarende sager og hertil ikke mindst den kendsgerning, at der hverken blandt Kommissionens interne organer som f.eks. Det Rådgivende Forum for Regnskabsaflæggelse eller på den allerede af Kommissionen i 1990 afholdte regnskabskonference kunne opnås enighed mellem medlemslandene om videre udvikling af direktiverne, førte i 1995 til, at Kommissionen udarbejdede den allerede omtalte nye strategi for regnskabsharmonisering.

En række løsningsmodeller havde indgået i Kommissionens analyser.³⁸ Særligt fire ansås for at være relevante:

Den første løsningsmodel tog udgangspunkt i den allerede beskrevne problemstilling, nemlig at europæiske selskaber med ønske om notering på New York Stock Exchange og andre internationale børser allerede i forvejen benyttede en internationalt anerkendt regnskabsstandard, herunder især US GAAP-standardens samtidig med, at de for manges vedkommende også var underlagt nationale regler for aflæggelse af koncernregnskaber og derfor måtte udarbejde to og i nogle tilfælde flere forskellige koncernregnskaber.

Kommissionen iværksatte på denne baggrund sonderinger i forhold til mulige aftaler med FASB-organisationen og SEC om gensidig anerkendelse af henholdsvis US GAAP og medlemslandenes direktivbaserede nationale regnskabsmodeller. Fra amerikansk side viste der sig imidlertid ikke at foreligge interesse for en sådan tilgang til problemstillingen.

³⁸ KOM (95) 508 endelig udg., Meddelelse fra Kommissionen – Regnskabsharmonisering: en ny strategi vis-à-vis international harmonisering.

Fra Kommissionens side blev dernæst overvejet muligheden for at undtage noterede selskaber fra regnskabsdirektivernes regulering og i stedet at give de noterede selskaber muligheden for selv at vælge regnskabsstandard.

En sådan tilgang ville indebære en opgivelse af ønsket om en egentlig harmonisering af regnskabsområdet, ligesom en række afgrænsningsmæssige problemstillinger viste sig i forbindelse med Kommissionens nærmere undersøgelser.

Den tredje løsningsmulighed indebar ændring af regnskabsdirektiverne, herunder indførelsen af en højere detaljeringsgrad. Kommissionen anså aldrig denne løsningsmulighed for at være reel; Karel Van Hulle beskriver vanskelighederne i forhold til opnåelse af konsensus om de spørgsmål, der skulle indgå i en revision, og at nogle af medlemslandene ville benytte en revision til at genforhandle dele af direktiverne.³⁹

Endelig ville en forhandlingsproces mellem medlemslandene indebære problematiske tidsmæssige perspektiver.

Den fjerde mulighed i Kommissionens overvejelser var etablering af Fællesskabets eget "European Accounting Standard Setting Body". En sådan løsning ville kræve lovgivning – og dermed forhandlinger og deraf følgende lange tidsmæssige perspektiver, ligesom Kommissionen anså det for en realistisk risiko, at der alligevel blot ville opstå endnu et lag af standarder mellem de nationale og de internationale standarder.

Med baggrund i ovenstående ræsonnementer og under skyldig hensyntagen til grundlæggende proportionalitets- og subsidiaritetsprincipper, besluttede Kommissionen at koble sig på IASC (senere IASB) – i første omgang med observatørstatus og med henblik på senere at indlede det, som fra Kommissionens side blev formuleret som en et gensidigt samarbejde om fælles videre udvikling af IASB's regnskabsstandarder.⁴⁰

³⁹ Se nærmere blandt andet Karel Van Hulle, Head of Unit, European Commission, i *The Prospects of Accounting Harmonisation – a European Viewpoint*, RR 1998.02.0026.

⁴⁰ I *Accounting Harmonization: A new Strategy vis-à-vis International Harmonization* (COM 95 508, punkt 5.4) udtrykkes den klare forventning, som Kommissionen havde om at have sikret sig en væsentlig indflydelse på udarbejdelsen af IASC's regnskabsstandarder: "In order to ensure an appropriate European input into the continuing work of the IASC, the Contact Committee will examine and seek to establish an agreed position on future Exposure Drafts (or draft standards) published by the IASC. An agreed Union position on Exposure Drafts can thus be conveyed to the IASC. This will allow the Union progressively to gain a position of greater influence on the IASC's work, including the determination of its agenda, so that its output will increasingly reflect the EU viewpoint". I dette lys skal det formentlig også ses, at EU årligt betaler et væsentligt tilskud til driften af IFRS Foundation. Det står dog klart, at EU ikke endnu ikke har opnået den position og den indflydelse i forhold til IFRS Foundation, som var forudsat.

Begrundelsen for at vælge en løsningsmodel omhandlende samarbejde med IASB-organisationen fremgår af punkt 9.2 i Kommissionens meddelelse KOM (95) 508 endelig udg., hvori lakonisk konkluderes:

”Den tilgangsvinkel, der foreslås i meddelelsen, er blevet valgt, efter at alle andre mulige alternativer har vist sig at være uigennemførlige”.

Kommissionens perspektiv i forhold til dette samarbejde var som følger:⁴¹

”Den tilgang, der foreslås i denne meddelelse, går ud på at bruge Unionens vægt i den internationale harmoniseringsproces, som allerede er godt i gang i International Accounting Standards Committee (IASC). Sigtet med denne proces er at udarbejde et sæt standarder, som vil blive accepteret på kapitalmarkederne overalt i verden. Unionen skal samtidig fastholde de hidtil opnåede harmoniseringsresultater, som er en fundamental del af lovgivningen for det indre marked. Den skal derfor tage skridt til at sikre, at de eksisterende internationale standarder (IAS), der skal udarbejdes, bliver forenelige med fællesskabslovgivningen”.

I 1999 offentliggjorde Kommissionen the Financial Services Action Plan (FSAP), som blandt andet indeholdt netop anbefalingen af indførelsen af en obligatorisk anvendelse af IASB's standarder i noterede selskaber, og planen blev vedtaget af medlemslandenes regeringschefer på Lissabon topmødet i marts 2000. Allerede i juni 2000 udsendte Kommissionen herefter EU Financial Reporting Strategy: The Way Forward,⁴² hvori planerne om en obligatorisk anvendelse senest fra 2005 af IAS-standarderne var indeholdt.

Givet at Kommissionen dels prioriterede en kort tidshorisont på de nye reglers ikrafttræden, og dels at en maksimal harmonisering i forhold til IAS-standarderne forudsattes af Kommissionen, blev forordningen valgt som reguleringsmetode.⁴³

Resultatet blev Forordning 1606/2002, der blev vedtaget 19. juli 2002, hvis artikel 4 altså gjorde det obligatorisk for europæiske børsnoterede selskaber at aflægge concernregnskab efter IASB's regnskabsstandard IAS 27 for regnskabsår med start 1. januar 2005 eller senere.

Samme forordning regulerer tillige den EU-retlige godkendelsesprocedure, som ligger til grund for EU-rettens vedtagelse af forordninger vedrørende IASB-standarderne. Se nærmere herom i kapitel 5.2.4.4.

⁴¹ Regnskabsharmonisering: En ny strategi vis-à-vis international harmonisering, punkt 1.4, KOM (95) 508 endelig udgave.

⁴² COM (2000) 359 Final.

⁴³ Se nærmere herom i Alexander Schaub, The Use of International Accounting Standards in the European Union, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 25, issue 3, side 612.

Med forordning 1254/2012 blev det vedtaget, at IAS 27-standarden med virkning fra januar 2014 afløses af IFRS 10-standarden.⁴⁴

I dansk sammenhæng blev først udarbejdet bekendtgørelse 1329 af 14. december 2004 (med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens tilhørende vejledning fra marts 2005), som nærmere regulerede områder, der jf. blandt andet de fakultative elementer i forordningens artikel 5 kunne udnyttes i national lovgivning. Den nævnte bekendtgørelse blev afløst af bekendtgørelse 930 af 19. august 2014.

I kølvandet af Kommissionens beslutning om at integrere IASB's standarder i EU-retlig regulering opstod en række retspolitiske overvejelser, hvis aktualitet fortsat består, og som fortsat antages at være uafklarede. Se nærmere herom i kapitel 5.2.4.1.

Vedtagelsen af Forordningerne 1606/2002 og 1254/2012 om noterede selskabers udarbejdelse af konsoliderede regnskaber efter IASB-standarderne medførte således, at der i hvert medlemsland nu eksisterer to (og i lande med krav om konsoliderede regnskaber i horisontale koncerner tre) regnskabsretlige koncerndefinitioner eller definitioner af konsolideringskredsen ved udarbejdelsen af koncernregnskaber.

5.2.1.3 *Harmonisering og standardisering af EU-koncernregnskabsretten – hvad er nået?*

På koncernregnskabsrettens område er i EU-regi benyttet to forskellige tilgange til regulering af området; på de direktivbaserede dele af koncernregnskabsretten har målet metodemæssigt været harmonisering forstået som en form for klyngedannelse omkring anvendelsen af givne regnskabsretlige metoder, hvoraf nogle har været obligatoriske, nogle har været fakultative og nogle har kunnet gives forskelligt indhold af medlemslandene.

På området for noterede selskabers koncernregnskabsaflæggelse har målet metodemæssigt været standardisering forstået som en bevægelse mod ensartethed.

Når det gælder den direktivbaserede harmonisering af national koncernregnskabslovgivning, er der, jf. også afsnit 3.2.4, i afsnittet Explanatory Memorandum i forslaget til koncernregnskabsdirektivet⁴⁵ oplyst en række formål med harmoniseringen af området for konsoliderede regnskaber, herunder især indførelse af minimums standarder for regnskaber af hensyn til selskabsdeltagere, ansatte og tredjemand ("Schutzzweck"), hensynet til etablering af et indre marked

⁴⁴ Se nærmere herom i afsnit 5.2.4.

⁴⁵ Com (76) 170 final, Proposal for a seventh Directive pursuant to Article 54 (3) (g) of the EEC Treaty concerning group Accounts, side 19.

samt at forebygge ulige konkurrenceforhold (etablering af "level playing field") som følge af forskellige nationale krav til regnskabsaflæggelse.

Sidstnævnte hensyn var en lære af den såkaldte Delaware-effekt, hvor netop uensartede regnskabsregler for godt hundrede år siden førte til en massiv registrering af selskaber i Delaware, som havde særligt lempelige regler.

En parallel hertil frygtedes at kunne opstå inden for Fællesskabet, hvor især Luxembourg før regnskabsdirektiverne havde markant mere liberale regnskabsregler end de øvrige medlemslande.

Kommissionens oprindelige intention specifikt for så vidt koncerndefinitionen var klar:

"It is vital for the successful harmonization of the law in the field of consolidation that the Directive should provide a uniform definition of groups of companies. Any other solution embodying for example the varying definitions already used in the Member States would destroy the comparability of group accounts as well as the equivalence of the information which would be produced at the Community level. This kind of solution would also be unacceptable with regard to the amount of coherent and adequate information to be provided by multinational groups of companies with registered offices situated in the Community".⁴⁶

Der er også for så vidt koncerndefinitionen delte opfattelser af effekten af denne harmonisering.⁴⁷

I 2000 offentliggjorde Kommissionen som allerede anført resultatet af en undersøgelse⁴⁸ af medlemslandenes implementering af koncernregnskabsdirektivet. Arbejdet understøttede Karel Van Hulle tidligere betragtninger⁴⁹ om, at implementering af direktiver som metode til opnåelse af harmonisering af regnskabsregulering indebærer vanskeligheder med at opnå enighed om de emner, der skal indgå i en direktivbaseret regulering, at der landene imellem er store interesse modsætninger i forhold til udformningen af en sådan regulering, og at implementering er en langsom og vanskelig proces.

⁴⁶ Proposal for a Seventh Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty concerning group accounts, COM /76) 170 final, side 20.

⁴⁷ Se f.eks. John Flower i European Financial Reporting – adapting to a changing world, 2005, side 126: "The impact of the EU's efforts at harmonisation through its directives has been very limited. In fact, in financial reporting, the differences within the EU are greater than the differences between certain EU member states and the rest of the world".

⁴⁸ Implementation of Findings from a Study on the Implementation of Seventh Directive 83/349/EEC in the Member States of the European Union.

⁴⁹ Karel Van Hulle, The Prospects of Accounting Harmonisation – a European Viewpoint, i RR.1998.02.0026

Samme sted konkluderes, at direktiverne blev vedtaget og implementeret med nogen vanskelighed, og at der i øvrigt ikke siden implementeringen er sket yderligere fremskridt på EU-plan.

På positivsiden gøres det af Kommissionen gældende, at direktiverne har muliggjort bevarelse af medlemslandenes forskellige regnskabstraditioner, og at kvaliteten af medlemslandenes regnskaber er blevet betydeligt forbedret.

Overordnet står dog tilbage en opfattelse af, at vanskeligheder medlemslandene imellem med at koordinere indsatsen og opnå fælles holdinger til aflæggelsen af konsoliderede regnskaber har medført en meget uensartet national koncernregnskabsregulering for unoterede selskaber.⁵⁰

Dette billede gælder ikke mindst, når det drejer sig om medlemslandenes implementering af koncernregnskabsdirektivets artiklerne 1 og 12 om definition af konsolideringskredsen, jf. herom senere i dette kapitel.

Har da den i 1995 vedtagne nye strategi for regnskabsharmonisering med blandt andet den obligatoriske anvendelse for noterede selskaber af IAS 27 standarden om konsoliderede regnskaber medført den tilsigtede harmonisering?

Noget entydigt svar på spørgsmålet ses ikke. Konstateres kan det dog, at en uensartet fortolkning af blandt andet definition af konsolideringskredsen i IAS 27 i 2008 førte til, at udviklingen af en ny IFRS 10 standard blev igangsat, og at denne standard efterfølgende også blev en del af EU-koncernregnskabsretten. Der henvises til afsnit 5.2.4 for en nærmere analyse heraf.

Christian Nobes og Robert Parker har gennemført analyser heraf, og resultatet heraf formuleres som følger: ”Compliance by companies domiciled in EU countries such as France and Germany was worse than that by companies domiciled in countries outside the EU.”⁵¹

Erfaringer fra regnskabsområdet tilsiger, at selv, hvor nye standarder harmoniseres på samme tid, vil standarderne være underkastet de forskellige former for pres fra markedet og nationale institutioner som tidligere, og efter nogen tid vil de antage karakter efter lokale tilpasninger og fortolkninger og dermed have fjernet sig fra det fælles harmoniserede udgangspunkt.

⁵⁰ Se herom også John Flower i *European Financial Reporting – Adapting to a Changing World*, 2004, side 121 ff. og K. Van Hulle i *European Union – Individual Accounts, Transnational Accounting*, 2001, side 840 ff.

⁵¹ Christopher Nobes og Robert Parker i *Comparative International Accounting*, 2010, side 235.

5.2.2 Koncernbegrebet i regnskabsdirektivet (2013) – dir. 34/2013

5.2.2.1 *Anvendelsesområdet*

Anvendelsesområdet for direktivets bestemmelser om konsoliderede regnskaber er i substansen uændret i forhold til koncernregnskabsdirektivet, jf. også præambles punkt 30.

Det er herefter fortsat op til det enkelte medlemsland at beslutte, hvorvidt der skal foreligge pligt til udarbejdelse af koncernregnskaber, når der er tale om virksomheder ud over de i direktivets bilag 1 nævnte (aktieselskaber, anpartsselskaber og partnerselskaber) og under særlige omstændigheder de i bilag 2 nævnte (interessentskaber, og kommanditselskaber, hvor ejerkredsen reelt i kraft af sin retlige form har begrænset hæftelse).

På EU-niveau findes kun en meget begrænset praksis, som imidlertid vil blive inddraget under analysen af koncerndefinitionen i regnskabsdirektivet (2013), hvor det forekommer nyttigt.

Det meget begrænsede antal sager udgøres i hovedsagen af traktatbrudssager i forhold til tidspunktet for landenes implementering af koncernregnskabsdirektivet, idet der jo af naturlige årsager endnu ikke eksisterer praksis med direkte udgangspunkt i regnskabsdirektivet (2013).

5.2.2.2 *Koncerndefinitionens opbygning*

De obligatoriske elementer i koncerndefinitionen i artikel 22, stk. 1, i regnskabsdirektivet (2013) er i deres udformning mere præcise end de principbaserede IASB-standards koncerndefinitioner i IAS 27 (2008) og især IFRS 10.⁵²

De fakultative bestemmelser i artikel 22, stk. 2, er til gengæld begge helt åbent formulerede for det indhold, som medlemslandene under hensyntagen til såvel den tyske ("bestemmende indflydelse") som den angelsaksiske ("kontrol") regnskabstradition måtte ønske at give afgrænsningen af konsolideringskredsen, når minimumskravene i artikel 22, stk. 1, i øvrigt er opfyldt.

De jure- og de facto-kontrol

Hovedvægten ligger på de jure-kontrol, hvilket i særlig grad er udtalt i de overvejende obligatoriske koncerndindikationer i artikel 22, stk. 1. Blandt disse

⁵² Se nærmere herom John Flower i Global Financial Reporting, 2002, sider 520 ff, hvor han anfører som begrundelse for en større formuleringsmæssig præcision i direktivsammenhæng end i sammenhæng med internationale regnskabsstandards, at EU's direktiver er love.

koncernindikationer er besiddelse af flertallet af stemmerettigheder (artikel 22, stk. 1, litra a), ejerskab kombineret med retten til at udnævne eller afsætte et flertal af ledelsesmedlemmer (artikel 22, stk. 1, litra b) og råden over flertallet af stemmerettigheder i kraft af aftale (artikel 22, stk. 1, litra d.ii).

De facto-kontrolindikation forekommer imidlertid både blandt de overvejende obligatoriske koncernindikationer i artikel 22, stk. 1, og i de valgfrie koncernindikationer i artikel 22, stk. 2.

For så vidt artikel 22, stk. 1, ses således som de facto-kontrolindikation bestemmelsen i artikel 22, stk. 1, litra d.i, hvorefter en virksomheds reelle udpegning over en periode svarende til mindst 2 regnskabsperioder af flertallet af ledelsesmedlemmer i kraft af udøvelse af stemmerettigheder er koncernindikation.

Det ses i litteraturen omdiskuteret, hvorvidt der i denne situation reelt er tale om de jure-kontrol eller de facto-kontrol. At der skulle være tale om en de facto-kontrolindikation har imidlertid mest for sig ud fra synspunktet om, at kontrollen beror på resultatet af en sådan afstemningsproces (jf. ”er blevet udnævnt”) – ikke i kraft af råden over stemmerettigheder til at udnævne.

Artikel 22, stk. 2-koncernindikationerne er begge fakultative og kan være af såvel de jure- som facto-karakter. Når det gælder artikel 22, stk. 2, litra a-bestemmelsen, er der tale om, at både en ”bestemmende indflydelse” og en ”kontrol” – og uanset om én af disse alene eller begge består som en rettighed eller faktisk udøves – er koncernindikation. I artikel 22, stk. 2, litra b-bestemmelsen er det en koncernmoders fælles ledelse, der udløser koncernrelationen.

Et – meget forenklet – overblik over koncerndefinitionen for vertikale koncerner efter regnskabsdirektivets (2013) artikel 22 kan illustreres som følger:

Figur 5.1: Overblik over det vertikale koncernbegreb i regnskabsdirektivets (2013) artikel 22

I m p l.	Art.	Krav om ejer- andel	De jure/ de facto	Grundlag	Objekt	
O B L	1.a	Ja	De jure	Stemme- rettig- heder	Organbe- herskelse: generalfor- samling	
	1.b	Ja	De jure	Stemme- rettig- heder, af- taler, ved- tægt mv.	Organbe- herskelse: ledelse	
	1.c	(Ja)	De jure	Aftale/ vedtægt	Koncern- ledelse evt. "Beherr- schungs- vertrag"- modellen	
	1.d.i	Ja	De facto	Stemme- rettig- heder	Organbe- herskelse: ledelse	Ej "over- rule" 1.a, 1.b, 1.c
	1.d.ii	Ja	De jure	Ejeraftale	Organbe- herskelse: generalfor- samling eller lign.	
V A L G F R I	2.a	(Nej)	De jure + de facto	Best. indfl. eller kontrol	Ej afgrænset	
	2.b	(Nej)	De jure + de facto	Ej defineret	Fælles ledelse under koncern- moder	

I de efterfølgende afsnit analyseres de enkelte bestemmelser, hvorefter der på komparativt niveau i forhold til de internationale regnskabsstandarder drages konklusioner om bestemmelseernes indhold.

5.2.2.3 Kontrol eller bestemmende indflydelse?

Som beskrevet ovenfor er i regnskabsdirektivet (2013) i forhold til koncernregnskabsdirektivet nu indføjet definitioner af begreberne koncern (artikel 2, nr. 11), modervirksomhed (artikel 2, nr. 9) og dattervirksomhed (artikel 2, nr. 10). En søgen efter definitioner af begreberne ”kontrol” og ”bestemmende indflydelse”, som nu begge indgår i direktivets valgfrie koncernkriterier, er dog forgæves.

Se Forum Europaeum Konzernrecht-arbejdsgruppens analyse og konklusioner for så vidt angår disse europæiske begrebsdannelser. Herunder følgende – daværende (og altså før IASB-standardernes integration i EU-retten) - opsummering af den europæiske sprogbrug:

”Die Siebte EU-Richtlinie (Richtlinie über den konsolidierten Jahresabschluss – Konzernabschluss) hat sich mit ihrem Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 bekanntlich für den Kontrollbegriff entschieden, erlaubt aber den nationalen Gesetzgebern, darüber hinanus zu gehen und zusätzlich an den Begriffe ”Herrschaft” und ”einheitliche Leitung” anzuknüpfen. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit in § 290 HGB Gebrauch gemacht. Andere EU-Regeln weichen von dieser klaren Lösung ab und kumulieren entweder die Begriffe oder gehen ganz auf das Begriffspaar von Herrschaft und Abhängigkeit über.”⁵³

I sammenhæng med disse definitioner er særligt to forhold bemærkelsesværdige:

For det første anvendes i den danske sprogversion begrebet ”koncern”, medens den tyske version taler om ”Gruppe”, den engelske om ”group” og den franske om ”groupe”. Samtidig bruger såvel den danske, den engelske, den tyske og den franske sprogversion begrebet ”konsolideret regnskab” – og ikke koncernregnskab, hvilket særligt i dansk sammenhæng kan anses at være en inkonsekvent sprogbrug. Der henvises for uddybning heraf til afhandlingens tidligere afsnit, hvor blandt andet dette fænomen er behandlet.⁵⁴

⁵³ Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672-772.

⁵⁴ Se nærmere også Gitte Søgaard i Introduction of a Group Definition in the New Accounting Directive: The Impact on Future Accounting Regulation, European Company Law 11, No. 5 – 2014, side 232 – 236.

For det andet anvendes i alle sprogversioner af den nye artikel 2 (definitioner) ”kontrol” som den afgørende faktor for at kvalificere en virksomhed som koncernmoder. Konstateres kan det imidlertid, at ”kontrol” og ”bestemmende indflydelse” (engelsk ”dominant influence”, tysk ”beherrschender Einfluss”, fransk ”influence dominante”) begge sammen med anderledes ”bright-line”-formulerede koncernindikationer indgår i udformningen af den nye artikel 22, som erstatter det gamle koncernregnskabsdirektivs artiklerne 1 og 12 indeholdende koncernbegreber i henholdsvis vertikale og horisontale koncerner, om som er afgrænsningen af konsolideringskredsen – eller koncerndefinitionen efter dansk sprogbrug.⁵⁵

Er da i direktivets forstand ”kontrol” og ”bestemmende indflydelse” sononyme begreber?

At dette ikke er tilfældet ses allerede af artikel 22, nr. 2., litra a, hvor både ”bestemmende indflydelse” og ”kontrol” anføres som alternative veje til koncernindikation på både de jure- og de facto-grundlag.

Se også Emmerich/Habersack, der komparativt om de to begreber konstaterer, at der er overlap i den indholdsmæssige substans, men ikke et fuldstændigt overlap.⁵⁶

Medens kontrolbegrebet som allerede nævnt i afsnit 2.5 udspringer af angelsaksisk koncernregnskabs tradition, sådan som kontrolbegrebet i øvrigt er behandlet i denne afhandlings kapitel 3 om IAS 27 (2008) standarden, udspringer ”beherrschender Einfluss” (på dansk ”bestemmende indflydelse”) af tysk selskabsretlig koncernret. At begge elementer indgår i den direktivbaserede koncernret, afspejler den proces og herunder ikke mindst de kompromisser, som var nødvendige i forbindelse med etablering af den oprindelige fællesskabsretlige regnskabsret.

Se hertil også Søren Friis Hansen, der med udgangspunkt i tysk ret anfører, at ”bestemmende indflydelse” (”beherrschender Einfluss”) kan anvendes som et

⁵⁵ Det bemærkes, at direktivudkastet faktisk indeholdte forslag om at indføre ”kontrol” i samme forstand som de internationale regnskabsstandarder som konsolideringskriterium. Tillige bemærkes det yderst interessante, at den endelige udgave af den nye definition af koncernen i artikel 2, der indeholder direktivets definition af nøglebegreber, ”en modervirksomhed og alle dens dattervirksomheder” i direktivudkastet var udformet som følger: ”A group means a parent undertaking and all its subsidiary undertakings included in a consolidation”. Som det ses, adskiller de to tilgange sig i forhold til, om eksistensen af en koncernmoder og nogle koncerndøtre medfører krav om konsolidering (som nu), eller om kravet om konsolidering ville have medført, at der ville være tale om en virksomhedsgruppe (”group”) – eller efter dansk sprogbrug koncern. Se nærmere i COM/2011/0684 final, artikel 2, nr. 11.

⁵⁶ Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar, 6. oplag, 2010, side 44.

generelt formuleret subjektivt kriterium, og som supplement til objektive kriterier.⁵⁷

Videreførelsen i øvrigt af stort set samme formuleringer, og udmeldingen om ingen tilsigtede substansmæssige ændringer, i det nye regnskabsdirektivs koncernbegreb i artikel 22 er et vidnesbyrd om den tilbageholdenhed, der som beskrevet tidligere i afsnit 5.1 består med hensyn til fra Kommissionens side at åbne op for forhandlinger om ændringer heri, uanset at der i øvrigt lægges vægt på en tilnærmelse til de internationale regnskabsstandarter, hvilket også de nævnte nye definitioner i den nye artikel 2 er udtryk for.

Det angelsaksiske kontrolbegreb blev allerede introduceret i denne afhandlings afsnit 4.2.2, når det drejer sig om IAS 27 (2008)-standarden, og afsnit 4.4 for IFRS 10-standarden, ligesom det tyske koncernbegreb også foreløbigt er analyseret i 2.5 (se nærmere herom i afsnit 5.3.1.2).

Tysk koncernret satte således – trods det allertidligste angelsaksiske udgangspunkt – tydelige aftryk på EU-koncernregnskabsrettens tidlige direktivbaserede koncernregnskabsret.

Fra omkring årtusindeskiftet, og ikke mindst på baggrund af vedtagelsen af forordning 1606/2002 om brug af internationale regnskabsstandarter i forbindelse med børsnoterede selskabers koncernregnskaber og det deraf følgende ønske om en vis konvergens mellem de to regelsæt, skiftede fokus igen til den angelsaksiske koncernregnskabstradition men med væsentlige elementer fra det økonomiske koncernbegreb, hvilket kan forklare de forskelligartede konsolideringskriterier i henholdsvis artikel 2 om definitioner og artikel 22 om afgrænsning af konsolideringskredsen.

Som det således kan konstateres, er såvel den direktivbaserede som den forordningsbaserede regnskabsmæssige koncernforståelse nu begge hybrider af de klassiske økonomiske henholdsvis juridiske koncernforståelse, sådan som disse blev analyseret i afsnit 2.5.

Set i dansk sammenhæng er det imidlertid bemærkelsesværdigt, at lovgiver ved ændring af 2009-ÅRL og 2009-SL valgte at lægge sig tæt op ad de internationale regnskabsstandarter, men med fortsat anvendelse af den tyske ”beherrschender Einfluss” teori som semantisk fundament. Se nærmere herom i kapitel 7.

⁵⁷ Europæisk koncernret – bør koncernretten reformeres og kodificeres?, 1996, side 376.

5.2.2.4 *Vertikale koncerner, obligatoriske bestemmelser, artikel 22, stk. 1*

Artikel 22, stk. 1, indeholder i udgangspunktet de obligatoriske krav til medlemslandenes afgrænsning af konsolideringskredsen. Som allerede beskrevet ovenfor, er der imidlertid også inden for rammerne af de beskrevne minimumskrav valgmuligheder.

5.2.2.4.1 "Besiddelse flertallet af selskabsdeltagernes stemmerettigheder", artikel 22, stk. 1, litra a

Direktivbestemmelsen omhandler den i praksis hyppigst forekommende koncernindikation, nemlig den der omhandler en koncernmoders ejerskab af flertallet af stemmerettigheder i en koncerndatter. Implementering af denne "bright-line-formulerede" bestemmelses indhold er et obligatorisk minimumskrav for medlemslandene og i sin natur af de jure-karakter.

Brugen af den danske term "besiddelse" i direktivbestemmelsen er i denne sammenhæng uheldig, idet bestemmelsen per se utvivlsomt forudsætter ejerskab, jf. dog senere om artikel 22, stk. 2, og ikke blot besiddelse f.eks. i form af overladelse af stemmeret, i forhold til de omhandlede stemmerettigheder.

En sådan antagelse beror på dels direktivets øvrige sprogversioner (engelsk "has", tysk "hält", fransk "a" og svensk "innehär") og dels på det faktum, at direktivets artikel 22, stk. 1, litra d, punkt ii, indeholder en bestemmelse om overladelse af stemmerettigheder ved aftale med andre ejere, idet den danske sprogversion dog her anvender "råder over"-termen.

Flertallet af stemmerettigheder indebærer, at 50 % af stemmerettighederne ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at der foreligger koncernindikation.

De stemmerettigheder, der er tale om, er stemmerettigheder, som tilkommer ejerkredsen ("selskabsdeltagerne") i virksomheden. Kapital og/eller ejerandele har i denne sammenhæng ingen vægt.

At ejerskabet af stemmerettigheder skal ses isoleret og uden skelen til ejerskab til kapitalandele blev af Kommissionen præciseret allerede i 1998,⁵⁸ hvor hensynet til forskellige stemmевægte, herunder tilstedeværelsen af stemmeløse kapitalandele, blev fremhævet som centrale i forhold til opregningen af stemmerettigheder uafhængigt af ejerskab til kapitalandele.

Bestemmelsens formulering understreger hermed, at det er stemmerettigheder til udøvelse af og i regi af ejerskredsens organer, dvs. på generalforsamlingen eller i

⁵⁸ Fortolkningsmeddelelse vedrørende bestemte artikler i Rådets Fjerde og Syvende Regnskabsdirektiv (98/C 16/04), punkterne 50-51.

lignende organer, der er tale om, hvorved bestemmelsen adskiller sig fra stemmerettigheder i andre af virksomhedens organer, herunder bestyrelse, direktion, tilsynsråd eller andet.

Opgørelsen af ”flertal af stemmerettigheder” sker efter principperne for simpelt flertal og uden hensyntagen til eventuelle bestemmelser i selskabslovgivningen, vedtægter eller andet om krav om kvalificeret flertal i forbindelse med en række beslutninger i virksomheden.⁵⁹

Hvor stemmerettigheder følger ejerskab proportionalt, giver opgørelsen af det for koncernindikationen fornødne stemmeflertal sjældent anledning til vanskeligheder. Men hvor stemmeretsbegrænsninger og klasseopdeling af kapitalandele efter forskellig stemmewægt foreligger, vil yderligere undersøgelser være fornødne.

F.eks. vil en post på 60 % af stemmerettighederne i et selskab kunne være underlagt stemmeretsbegrænsning, hvorefter der alene på generalforsamling kan udøves stemmeret for 5 % af stemmerne. Isoleret set vil der herefter ikke bestå en koncernindikation.⁶⁰

Ligeledes vil f.eks. stemmeløse ejerandele medføre, at en ejerandel på 90 % bestående af stemmeløse aktier ikke indebærer koncernrelation, medens en ejerandel i samme virksomhed på 10 % vil kunne være tilstrækkelig til koncernindikation, såfremt der til den pågældende ejerandel er knyttet stemmerettigheder.

Bestemmelsens fokus er altså en matematisk opgørelse af beholdningen af stemmerettigheder til udøvelse på ejerkredsniveau, men forholder sig i øvrigt ikke til ”resultatet” af ejerskabet til et sådant flertal af stemmerettigheder.

Af bestemmelsens ordlyd kan ikke umiddelbart udledes, at bestemmelsen skulle have karakter af en ”formodningsregel”, hvorefter ejerskab til et flertal af stemmerettigheder skaber formodning for bestemmende indflydelse. Da dette udgangspunkt imidlertid er en del af såvel angelsaksisk og kontinental koncernregnskabsret, må en sådan præmis antages at skulle indfortolkes implicit i forhold til bestemmelsen.

⁵⁹ Fortolkningsmeddelelse vedrørende bestemte artikler i Rådets Fjerde og Syvende Regnskabsdirektiv (98/C 16/04), punkt 52, 1. punktum.

⁶⁰ I denne sammenhæng synes konklusionen i nævnte Fortolkningsmeddelelse 98/C 16/04, punkt 52, 2. punktum tvivlsom: ”Moder-/datterselskabsforholdet berøres ikke af bestemmelser i loven, stiftelsesoverenskomsten eller selskabsvedtægterne, der uanset størrelsen af en selskabsdeltagers aktiepost og de dertil knyttede stemmerettigheder begrænser vedkommendes stemmerettigheder til en given procentsats af de samlede stemmerettigheder, der er mindre en flertallet af alle stemmerettigheder”.

I EU-retlig sammenhæng kendes en sådan formodningsregel fra konkurrenceretten. Denne konkurrenceretlige regel er ikke identisk med den formodningsregel, som antages at foreligge i den direktivbestemte danske koncernregnskabsmæssige variant, men lighedspunkterne er tilstrækkelige til at kunne illustrere væsentlige EU-retlige aspekter af en sådan formodningsregel.

Inden for konkurrenceretten spiller en sådan ”formodningsregel” som nævnt en væsentlig rolle, og eksistensen af en sådan formodningsregel og retsvirkningerne heraf er prøvet i en række afgørelser.⁶¹

I C-58/12 P, *Groupe Gascogne*-sagen, blev under direkte henvisning til koncernregnskabsdirektivets artikel 1, stk. 1, formuleret en formodning for, at *Groupe Gascogne*, der direkte ejede 10 % af aktierne og indirekte gennem sit tyske datterselskab ejede de 90 % af aktierne, faktisk udøvede bestemmende indflydelse på datteren:

”Hvad angår det første anbringende om, at appellantens fejlagtigt var blevet pålagt ansvaret for *Sachsas* praksis, erindrede Retten i præmis 69 og 70 i den appellerede dom indledningsvis om *Domstolens* praksis, hvoraf det fremgår, at der, hvor et moderselskab besidder 100 % af aktiekapitalen i et datterselskab, der har overtrådt konkurrencereglerne, foreligger en simpel formodning om, at det pågældende moderselskab faktisk udøver en bestemmende indflydelse på datterselskabets adfærd. Retten fastslog dernæst i præmis 73 i den nævnte dom, at det er ubestridt, at ”sagsøgeren direkte og indirekte besad 100 % af *Sachsas* aktiekapital, og at sagsøgeren derfor havde mulighed for at udøve kontrol med *Sachsas* adfærd på markedet”.

I C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*-sagen, ses en illustrativ gennemgang af Generaladvokat J. Kokott af praksis på området. Han sammenfatter sin opfattelse af praksis som følger: ”...Tværtimod er der ifølge denne retspraksis en gendrivelig formodning for, at et moderselskab faktisk udøver afgørende indflydelse på et helejet datterselskab ... Efter min opfattelse er der i øvrigt heller ingen anledning til at fravige denne formodningsregel og skærpe beviskravene til ”100 % plus X”, således som appellanterne har slået til lyd for...”.

Der er især to interessante aspekter i Kokott’s argumentation:

⁶¹ Foruden de nævnte afgørelser, kan også fra EU-konkurrenceretten særligt henvises til f.eks. T-314/01 *Avebe* (om ”single economic unit”-begrebet), 286/98 P, *Stora*-sagen, 107/82, *AEG-Telefunken*-sagen, T-325/01, *DaimlerChrysler*-sagen samt T-136/02, *Bolloré*-sagen.

1. Ikke blot skaber 100 % ejerskab formodning for, at et moderselskab *kan* øve afgørende indflydelse på sit datterselskab – der er også formodning for, at et moderselskab *faktisk udøver* afgørende indflydelse i denne situation.

2. Dernæst er spørgsmålet om, hvad der er tilstrækkeligt til for at gendrive en sådan formodning, og bevisbyrdespørgsmålet interessant.

Kokott afviser, at der skulle være tale om omvendt bevisbyrde (som han er inde på vil være uforeneligt med princippet om uskyldsformodning) eller objektivi ansvar. Det, der i stedet gør sig gældende, formulerer han som følger: ”Da den omstændighed, at moderselskabet ejer hele kapitalen i datterselskabet, umiddelbart gør det muligt at konkludere, at der faktisk udøves afgørende indflydelse, påhviler det moderselskabet at imødegå netop denne konklusion ved at fremlægge holdbare modbeviser; sker dette ikke, opfylder denne konklusion kravene til bevisbyrden”. Den citerede begrundelse forekommer ikke i alle henseender overbevisende.

Hvilke momenter (”relevant activities”, jf. IFRS 10-terminologien som analyseret i afsnit 4.4.7.3) skal da indgå i en sådan argumentation, der har til formål at afkræfte koncernformodningen i kartelsager? Kokott anfører herom som følger: ”I denne henseende skal jeg bemærke, at datterselskabets manglende selvstændighed med hensyn til dets adfærd på markedet kun udgør ét muligt tilknytningsmoment, som kan begrunde, at moderselskabet pålægges kartelretligt ansvar. Der er således ikke tale om det eneste tilknytningsmoment. Ifølge Domstolens praksis er det nemlig muligt at pålægge moderselskabet ansvaret for sit datterselskabs adfærd, ”navnlig” i tilfælde, hvor datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer over sin adfærd. Allerede denne omstændighed taler mod appellanternes opfattelse, hvorefter det med hensyn til pålæggelse af kartelretligt ansvar alene er afgørende, hvilken indflydelse moderselskabet har i forhold til datterselskabet med hensyn til dets handelspolitik i snævrere forstand....Helt generelt er en pålæggelse af ansvar for adfærd mellem moder- og datterselskab altid mulig, når begge udgør en økonomisk enhed, dvs. hvis de kan betragtes som *én virksomhed*; moderselskabet pålægges med andre ord kartelretligt ansvar ”under hensyn til den således dannede gruppenhed.”

Især med sidste sætning gøres det klart, at der i forbindelse med det kartelretlige ansvar opereres med en ganske bred koncernforståelse, og ikke mindst i betragtning af, at kartelretligt ansvar potentielt kan føre til ganske alvorlige både formueretlige og strafferetlige sanktioner. Når det er sagt, synes det umiddelbart plausibelt, at samme konklusioner kunne nås inden for koncernregnskabsrettens område.

I C-179/12 P, Dow Chemicals, ejede to selskaber et fælles datterselskab med 50% hver (joint venture – horisontal koncern). Domstolen fastholdte her, hvad tidligere er slået fast i Domstolens praksis om, at kartelretligt ansvar, hvor en koncernmoder ejer mindre end 100 % af koncerndatteren, indebærer et krav også om de facto udøvelse af afgørende indflydelse over koncerndatteren. I præmissen for afgørelsen lagde Domstolen til grund, at Domstolen havde foretaget sin egen bedømmelse af ”økonomiske, organisatoriske og juridiske faktorer”. Igen ses, at det, der i IFRS 10-sammenhæng defineres som ”relevante aktiviteter”, i EU-retlig sammenhæng er en endog ganske bred vifte af momenter, der inddrages i vurderingen af ”den faktiske udøvelse af afgørende indflydelse”.”.

I forhold til gendrivelsen af en sådan formodning er EUD-afgørelsen i C-440/11 P interessant. Sagen var en appel-sag indbragt af Kommissionen efter et sagsforløb, hvor der var begået retlige fejl i Retten i sagen Kommissionen mod Stichting Administratiekantoor Portielje og Gosselin Group NV.

Portielje gjorde for både Retten og Domstolen gældende, at man havde løftet bevisbyrden for, at der ikke faktisk var udøvet bestemmende indflydelse over Gosselin i en kartelretlig sag, idet selskabet ikke mente, at det overhovedet havde været materielt muligt at udøve en sådan indflydelse.

For det første påberåbtes det forhold, at selskabets ledelse først mødtes første gang efter overtrædelsens ophør. For det andet at der under alle omstændigheder slet ikke var afholdt nogen generalforsamling i Gosselin i den omhandlede periode. For det tredje havde Portielje ingen indflydelse på sammensætningen af Gosselins bestyrelse, der var valgt før Portieljes involvering i Gosselin.

Domstolen anførte under generaladvokats ledelse hertil: ”....Det følger således af Domstolens faste praksis, som nævnt i denne doms præmis 60, at med henblik på at afgøre, om det selskab, som har begået overtrædelsen, selvstændigt bestemmer sin adfærd på markedet, skal der tages hensyn til alle de faktorer, der er relevante for de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem dette selskab og den øverste enhed, og således tages hensyn til den økonomiske virkelighed. Den omstændighed alene, at den øverste enhed ikke har truffet nogen forvaltningsbeslutning under overholdelse af de formkrav, der er fastsat i selskabsretten, er i denne forbindelse ikke tilstrækkelig”.

Som det fremgår, tillægges et dokumenterbart fravær af udøvelse af selskabsretlige forvaltningsbeføjelser ikke betydning; substansen – ”den

økonomiske virkelighed” – udgør en stærk formodning, som det fordrer meget konkrete beviser at gendrive.⁶²

Se også fra ældre praksis AEG-Telefunken-sagen C 107/82 og Stora-sagen C-286/98.

5.2.2.4.2 ”Selskabsdeltager med ret til at udnævne eller afsætte flertal af medlemmer i et andet selskabs organer”, artikel 22, stk. 1, litra b
Den anden ”bright-line-formulerede” obligatoriske koncernindikation forudsætter per se ejerskab jf. ”er selskabsdeltager”, og fokuserer dernæst specifikt på kravet om, at koncernindikation forudsætter en ret til at udnævne eller afsætte flertallet af medlemmerne i en anden virksomheds administrations-, ledelses- eller tilsynsorganer.

Koncernindikationen opstår dermed i kraft af en rettighedsbaseret magt (men ikke nødvendigvis udøvelse af samme) til den delmængde af forvaltningsmæssige beføjelser, som almindeligvis tilkommer en ejer på generalforsamlingen, nemlig i forhold til at udnævne eller afsætte personer i organer, der har beføjelser i forhold til virksomhedens ledelsesmæssige og daglige funktioner.

Efter omstændighederne vil en koncernmoder således på generalforsamlingen kunne stemmes ned i ethvert andet spørgsmål, men med undtagelse altså af spørgsmålet om udnævnelse og afsættelse af flertallet af medlemmerne i ledelses-, administrations- eller tilsynsorganerne – altså på organer, der beskæftiger sig med virksomhedens driftsmæssige og finansielle anliggender.

Bestemmelsen er på dette punkt i god overensstemmelse med IASB-standarderne og hviler på en forudsætning om, at koncernindikation ikke forudsætter magten over nødvendigvis alle beslutninger i virksomheden, og at arten af beslutningstemaer spiller en rolle for koncernindikation.

Bestemmelsen angiver udtrykkeligt, at det er antallet af medlemmer (”hoveder”), der er afgørende – ikke de enkelte medlemmers magt- eller stemmemæssige tyngde i de pågældende organer (”høveder”), og bestemmelsen må således i forhold til at

⁶² Se hertil også Marcus Lutter, der i Konzernphilosophie vs koncernweite Compliance und koncernweites Risikomanagement, Festschrift für W. Goette zum 65. Geburtstag, 2011, side 289 – 297, argumenterer for, hvorledes han med udgangspunkt i især EUD’s konkurrenceretlige praksis mener at kunne slutte, at der ikke alene foreligger en ret for koncernmoderen til at udøve koncernledelse over koncerndøtre, men også en reel pligt. I forbindelse hermed henviser han til Akzo Nobel-sagen og tyske konkurrenceretlige afgørelser, hvor koncernmoder hæftede sammen med koncerndatter for dennes konkurrenceretlige forseelser. Sådanne afgørelser sammenholder han med den tyske bestemmelse i Gesetz über Ordnungswidrigkeit, OwiG, § 130, hvor en virksomheds forsømmelse af pligten til opsyn med virksomhedens aktiviteter medfører erstatningspligt og potentielt straf. Se hertil også, hvad straks nedenfor er nævnt om artikel 29 i regnskabsdirektivet (2013), hvoraf der i henhold til Lutter kan udledes pligt for koncernmoderen til tilrettelæggelse af compliance-procedurer for alle virksomheder, der indgår i konsolideringen.

udrede grundlaget for koncernindikation hvile på en forudsætning om, at omfanget af indflydelse på driftsmæssige og finansielle beslutninger beror i et proportionalt forhold hos de pågældende organmedlemmer.

At bestemmelsen således specifikt ikke indebærer koncernindikation i situationer, hvor et selskab i henhold til f.eks. vedtægter har ret til at udnævne et mindretal af medlemmerne i de omhandlede organer, men hvor dette mindretal af medlemmerne i de omhandlede organer har flertallet af stemmerettigheder i det pågældende organ, og at denne retstilstand i øvrigt fra Kommissionens side er tilsigtet, fremgår klart af Kommissionens fortolkningsmeddelelse fra 1998.⁶³ Bestemmelsen er på dette punkt ikke i overensstemmelse med IAS 27 (2008).⁶⁴

Bestemmelsens de jure-karakter understreges af formuleringen ”ret til”. I det omfang, hvor ”retten” ikke allerede følger af ejerskab til flertallet af stemmerettighederne jfr. artikel 22, stk. 1, litra a, forudsætter bestemmelsen således, at der etableres en rettighed, som netop ikke beror på stemmerettigheder, jf. straks nedenfor under analysen af artikel 22, stk. 1, litra d. En faktisk udnævnelse og/eller afskedigelse af de omhandlede organmedlemmer rækker ikke efter denne bestemmelse.

Bestemmelsen indeholder ikke nærmere vejledning om grundlaget for en sådan rettighed, ligesom bestemmelsen ej heller specifikt angiver parter, der kan indgå i etableringen af en sådan rettighed.

Medlemslandenes implementering af bestemmelsen viser, at hovedanvendelsesområdet for bestemmelsen er ”en ret”, der beror på aftaler inden for ejerkredsen eller på bestemmelser i vedtægter eller lignende. Aftale mellem koncernmoder og koncerndatter som aftaleparter ligger uden for bestemmelsen, jf. straks nedenfor.

5.2.2.4.3 ”Ret til at udøve bestemmende indflydelse over en virksomhed i medfør af aftale med denne eller i medfør af vedtægtsbestemmelse”, artikel 22, stk. 1, litra c

Bestemmelsen er obligatorisk for de medlemslande, hvis selskabsretlige lovgivning tillader vedtægter eller aftaler mellem koncernmoder og koncerndatter, hvorefter bestemmende indflydelse på dette grundlag kan udøves, og der vil således skulle udarbejdes konsoliderede regnskaber efter f.eks. tysk ret, når der foreligger en såkaldt ”Beherrschungsvertrag”. En sådan retstilstand gælder ikke i dansk lovgivning, og bestemmelsen er af samme årsag ikke implementeret i ÅRL.

⁶³ Fortolkningsmeddelelse vedrørende bestemte artikler i Rådets Fjerde og Syvende Regnskabsdirektiv (98/C 16/04), punkt 56.

⁶⁴ Se nærmere i afhandlingens afsnit 4.3.5.7.3 om ”Magt til at udpege eller afskedige flertallet af bestyrelsesmedlemmer eller tilsvarende organ, når dette organ kontrollerer enheden – IAS 27.13.2.c (2008)”.

Bestemmelsen har de jure-karakter, idet retten til at udøve – ikke den faktiske udøvelse – medfører koncernindikation. Tysk ”Konzernrecht” har sat et tydeligt præg på bestemmelsen, idet kun få europæiske lande har lovgivning, der indeholder udtrykkelig hjemmel til koncernledelse af den nævnte karakter.

Som et kuriosum kan i denne sammenhæng nævnes direktivets obligatoriske artikel 29, som omhandler kravene til den konsoliderede ledelsesberetning, og hvori i artikel 29, stk. 2, litra b, (tidligere i koncernregnskabsdirektivet artikel 36, stk. 2, litra f) indeholdes følgende bestemmelse:

”In reporting on internal control and risk management systems, the corporate governance statement shall refer to the main features of the internal controls and risk management systems for the undertakings included in the consolidation, *taken as a whole* (min fremhævelse)”.

Med baggrund i bestemmelsen kan konstateres, 1. at direktivet forudsætter, at der faktisk udøves koncernledelse, 2. at der på koncernniveau er etableret formaliserede kontrol- og risikostyringssystemer.

Bestemmelsen må anses for bemærkelsesværdig, især set fra de landes side, hvor koncernledelse ikke har hjemmel i national selskabsretlig regulering.

Det står de pågældende medlemslande frit for at beslutte, hvorvidt bestemmelsens anvendelse skal indeholde krav om ejerskab eller ej.

Den manglende relevans for dansk lovgivning indebærer, at bestemmelsen ikke nærmere analyseres på dette sted i afhandlingen.⁶⁵

⁶⁵ I betragtning af britisk selskabsrets manglende anerkendelse af koncerninteressen og af koncernen som selskabsretlig konstruktion er det bemærkelsesværdigt, at briterne ved implementering af koncernregnskabsdirektivet ved S. I. No. 201/1992 – European Communities (Companies: Group Accounts) Regulations 1992, ikke alene foretog en i øvrigt ganske vidtrækkende implementering af direktivets bestemmelser om konsolideringskredsen (”den regnskabsretlige koncern”), men også at der i afsnittet ”Interpretation”, punkt 4, under fastlæggelsen af begrebet ”dattervirksomhed” var følgende afsnit: ”...b. that other has the right to exercise a dominant influence over it – i) by virtue of provisions contained in its memorandum or articles, or ii) by virtue of a control contract, or” I en forklarende bestemmelse punkt 6 anføres herom videre: ”A ”control contract” as specified in paragraph 1.b means a contract in writing conferring such a right which – a. is a kind of authorised by the memorandum or articles of the undertaking in relation to which the right is exercisable, and b. is permitted by the law under which that undertaking is established”. Det interessante spørgsmål er herefter, om der således eksisterer en retsstilling, hvorefter et engelsk moderselskab nok kunne indgå ”Beherrschungsvertrag” med et tysk datter-aktieselskab, men hvor det modsatte ikke kunne ske. (Under alle omstændigheder må det i givet fald forudsættes, at implikationerne for det engelske moderselskab af indgåelsen af en sådan aftale ikke ville være uforenelige med engelsk selskabsret). Sagen ses ikke prøvet, men det må antageligvis forholde sig sådan, jf. også hvad i afsnit 5.3.1.7 om den primære EU-ret er nævnt om fraværet af krav om gensidighed i nationale regler.

- 5.2.2.4.4 "Selskabsdeltager og faktisk udnævnelse af flertallet af medlemmer i ledelses- administrations- eller tilsynsorganer alene på baggrund af udøvelse af koncernmoders stemmerettigheder, eller selskabsdeltager med råden over flertallet af stemmerettigheder på baggrund af aftaler med andre ejere", artikel 22, stk. 1, litra d

Artikel 22, stk. 1, litra d, kan overordnet set betragtes som en art kompensationsbestemmelse i forhold til, at netop ikke alle medlemslande har den udtrykkelige hjemmel til vedtægter og aftaler mellem koncernmoder og koncerndatter om koncernmoders beherskelse af koncerndatter – alt jf. ovenstående om artikel 22, stk. 1, litra c.

Bestemmelsen er da også i sin formulering udlagt som et obligatorisk alternativ til artikel 22, stk. 1, litra c-bestemmelsen, jf. ”eller” i slutningen af sidstnævnte bestemmelse, når sidstnævnte ikke gennem implementering indgår i medlemslandenes nationale regnskabslovgivning.

I det omfang, hvor artikel 22, stk. 1, litra c, ikke finder anvendelse, skal artikel 22, stk. 1, litra d, implementeres efter én af følgende 5 fremgangsmåder:

- a. artikel 22, stk. 1, litra d.i, om en udnævnelse af flertallet af ledelses-, administrations- eller tilsynsorganernes medlemmer med baggrund i stemmerettigheder og med bestemmelse om minimum beholdning af stemmerettigheder, eller
- b. artikel 22, stk. 1, litra d.i, om en udnævnelse af flertallet af ledelses-, administrations- eller tilsynsorganernes medlemmer med baggrund i stemmerettigheder og uden bestemmelse om minimum beholdning af stemmerettigheder, eller
- c. artikel 22, stk. 1, litra d.ii, om en koncernmoders råden over flertallet af stemmerettigheder i medfør af aftale med andre inden for ejerkredsen, eller
- d. både mulighed a og c implementeres, eller
- e. både mulighed b og c implementeres.

Der forudsættes mindst implementering af mulighed c.

I alle tilfælde gælder det, at koncernmoderen skal besidde en ejerandel, jf. dog senere om artikel 22, stk. 2.

Bestemmelsen tilsigter således at regulere de situationer, hvor stemmerettigheder – hvad enten der er tale om de facto-flertal eller absolut stemmeflertal – på empirisk grundlag kan konstateres at have været grundlag for en koncernmoders udnævnelse af flertallet af medlemmer i ledelses, administrations- eller tilsynsorganer.

Artikel 22, stk. 1, litra d, i:

Bestemmelsen i artikel 22, stk. 1, litra d, i, har sit fokus på ”resultatet”: at det på empirisk grundlag (nemlig i et foregående og indeværende regnskabsår samt frem til udarbejdelsen af det konsoliderede regnskab) kan konstateres, at flertallet af medlemmer i ledelses-, administrations- eller tilsynsorgan faktisk er blevet udnævnt af koncernmoderen.

Måden, det er sket på, er alene ved udøvelse af koncernmoderens stemmerettigheder. Fokus er således ikke, som ved ovenstående bestemmelsers vedkommende, at en form for de jure-rettighed består, og bestemmelsen betragtes da også almindeligvis som en de facto-bestemmelse.

Parallelt til, hvad ovenfor om analysen af artikel 22, stk. 1, litra c, er nævnt, er det antallet af medlemmer (”hoveder”) og ikke disses beslutningsmæssige tyngde (”høveder”), der er genstand for beregningen.

Der skeles således ikke til, hvilke beslutninger de pågældende medlemmer af disse organer kan træffe, eller til måden, hvorpå på sådanne beslutninger tages i organet. Kernen er den samme: magten til at kunne indsætte ”sine” folk på poster, der er afgørende for virksomhedens driftsmæssige og finansielle beslutninger.

Det er altså den faktiske udøvelse – og ikke blot retten til at udøve – der er i centrum.

Stemmerettighederne skal være koncernmoderens (”modervirksomhedens”). Genetiv-formen indikerer, at der skal foreligge ejerskab til de relevante stemmerettigheder. F.eks. er aftaler om råden over andres stemmerettigheder herefter ikke tilstrækkelige.

Anvendelsesområdet er dermed, at et medlem af ejerkredsen aktivt skal udøve sin stemmeret og derved (”i kraft af”) opnå et resultat bestående af et flertal af ”sine” medlemmer i koncerndatterens nævnte organer.

I bestemmelsens umiddelbare form er der ingen angivelse af minimums- eller maksimumsantal.

Bestemmelsens anvendelse vil imidlertid, hvor andre forhold ikke i øvrigt spiller ind, ikke komme på tale, hvor en koncernmoder måtte eje flere end halvdelen af stemmerettigheder, idet situationen i givet fald så ville falde under bestemmelsen i artikel 22, stk. 1, litra b.

Anvendelsesområdet er således situationer, hvor en koncernmoder ejer mindre end flertallet af stemmerettigheder, men hvor disse stemmerettigheder aktivt udøves og

med det formål og konstaterbare resultat, at koncernmoderen udnævner flertallet af medlemmer i de omhandlede organer.

En følge heraf er det, at bestemmelsen kan implementeres uden mindstegrænse, og at selv den mindste andel af stemmerettigheder i teorien (men næppe i praksis) kan bane vejen for den faktiske udnævnelse af flertallet af medlemmer i koncerndatterens besluttende organer.

Bestemmelsen rummer en valgfri mulighed for, at medlemslandene kan indsætte et krav om minimum på 20 % af de samlede stemmerettigheder for anvendelsen af bestemmelsen. Kun få eksempler på indførelsen af en sådan grænse ses implementeret i national regnskabslovgivning. Portugal og Spanien implementerede bestemmelsen med en 20 % undergrænse, og Frankrig implementerede bestemmelsen med en 40 % grænse.⁶⁶ I Frankrig fik den pågældende koncernindikation betegnelsen ”contrôle exclusif de fait”, jf. også afsnit 5.2.1.1.

Bestemmelsens anvendelsesområde indskrænkes væsentligt i det omfang, hvor flere ”konkurrerende” koncernindikationer kommer på tale.

Således anføres allersidst i artikel 22, stk. 1, litra d, at bestemmelsen viger for koncernindikationer, der hviler på tredjemands rettigheder, jf. artikel 22, stk. 1, litra a (ejerskab til flertal af stemmerettigheder), artikel 22, stk. 1, litra b (ejerskab kombineret med retten til at udnævne og afskedige flertal af medlemmer i de omhandlede organer) og artikel 22, stk. 1, litra c (udøvelse af bestemmende indflydelse i kraft af aftale med koncerndatteren).

Med andre ord forudsættes de facto-bestemmelsen i artikel 22, stk. 1, litra d, i, at skulle vige for artikel 22, stk. 1’s de jure-koncernindikationer, men ikke for de jure-koncernindikationen i artikel 22, stk. 1, litra d, ii.

Artikel 22, stk. 1, litra d, ii:

Mindstekravet til medlemslandenes implementering i henhold til artikel 22, stk. 1, litra c og d, er bestemmelsen i artikel 22, stk. 1, litra d, ii.

Som nævnt ovenfor forudsætter bestemmelsens anvendelse som minimumskrav per se, at der er tale om et ejerskab i forhold til koncerndatteren. Omfanget af et sådant ejerskab siger bestemmelsen ikke noget om, og ejerskabet kan således efter omstændighederne omfatte blot ubetydelige ejerandele og/eller stemmerettigheder.

Det centrale i bestemmelsen er koncernmoderens supplerende af egne ”ejede” stemmerettigheder med stemmerettigheder, som koncernmoderen med baggrund i aftale med andre ejere kan råde over uden at eje dem og således, at der kumulativt

⁶⁶ Kommissionen, Implementation of the Seventh Directive in EU Member States, 2000, side 7.

kan rådes over ("egne og fremmede") stemmerettigheder i et omfang, der overstiger halvdelen af alle stemmerettigheder i koncerndatteren.

"Råden" er tilstrækkelig for koncernindikation; udøvelse af råderetten kræves ikke.

Bestemmelsen giver medlemsstaterne mulighed for at implementere nærmere forskrifter vedrørende sådanne aftalers form og indhold.

5.2.2.5 *Vertikale koncerner, fakultative bestemmelser, artikel 22, stk. 2*

Som tidligere beskrevet lå det i første udkast til regnskabsdirektivet (2013) som en anbefaling fra Kommissionens side, at de i artikel 22, stk. 2, nævnte koncernindikationer skulle gøres til genstand for obligatorisk implementering, hvilket altså ikke blev slutresultatet efter forslaget's behandling i blandt andet Parlamentet.

Efter ændringen i 2003, hvor tilnærmelse af koncernregnskabsdirektivets koncernbegreb til IASB-standarderne blev iværksat,⁶⁷ blev kravet om ejerskab ophævet i forbindelse med de nævnte valgfrie bestemmelser.

Hensigten var blandt andet at tilvejebringe en mulighed for implementering af konsolideringspligt i national lovgivning, når der efter IASB-forbillede var tale om såkaldte SPE-virksomheder.⁶⁸

Når det kommer til direktivets koncernbegreb i vertikale koncerner, er fakultative implementeringsmuligheder således placeret i artikel 22, stk. 2. Der opregnes i alt to sådanne fakultative koncernindikationer, der anses som alternativer ("eller").

Direktivet giver altså ikke mulighed for implementering af begge, hvilket i betragtning af bestemmelsernes indholdsmæssige karakter forekommer naturligt.

5.2.2.5.1 "Koncernmoders ret til eller faktiske udøvelse af bestemmende indflydelse eller kontrol", artikel 22, stk. 2, litra a

Bestemmelsens formulering er i regnskabsdirektivet (2013) ændret i forhold til koncernregnskabsdirektivets formulering, der alene omhandlede "faktisk udøvelse af bestemmende indflydelse" over koncerndatteren, og det kan – trods forarbejdernes bemærkninger om det modsatte – ikke udelukkes, at ny praksis vil kunne udvikles på baggrund heraf i de lande, som vælger at implementere bestemmelsen.

⁶⁷ EUT C 85/140 og KOM (2002) 259/2 endelig, artikel 2.

⁶⁸ Commission Staff Working Paper, Part 1, Impact Assessment, Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the Annual Financial Statements, Consolidated Financial Statements and Related Reports of Certain Types of Undertakings, COM (2011) 684 final, side 65 ff.

Anvendelsesområdet for bestemmelsen udgøres jf. bestemmelsens ordlyd af fire forskellige scenarier for, hvornår der foreligger koncernindikation:

1. Koncernmoderen har ret til at udøve bestemmende indflydelse.
2. Koncernmoderen har ret til at udøve kontrol.
3. Koncernmoderen udøver faktisk bestemmende indflydelse.
4. Koncernmoderen udøver faktisk kontrol.

Det ses heraf, at scenarierne 1, 2 og 4 er nye i forhold til koncernregnskabsdirektivet, idet kontrol som begreb er nyt i bestemmelsen, og idet bestemmelsen således nu også omfatter faktisk bestemmende indflydelse baseret på rettigheder.

Med bestemmelsens nye affatning er der således etableret en endnu videre adgang for medlemslandenes implementering af brede koncernbegreber, uanset om medlemslandene tidligere har anvendt klassisk angelsaksisk eller kontinental afgrænsning af den regnskabsmæssige koncern – eller eventuelt som i Danmarks tilfælde en blanding heraf.

De to første er af de jure-karakter; en rettighed til at udøve er tilstrækkelig, men udøvelse er ingen betingelse.

De to sidste er af de facto-karakter; der består ikke nødvendigvis en ret til at gøre det, men faktisk udøves bestemmende indflydelse henholdsvis kontrol.

Dernæst er forskellen på genstanden for retten til at udøve eller den faktiske udøvelse afgørende, jf. hvad allerede i afsnit 4.3.5.2 er beskrevet om forskellen på ”bestemmende indflydelse” og ”kontrol”.

I situationen beskrevet under nummer 1 (koncernmoderen har ret til at udøve bestemmende indflydelse) kræves ikke udøvelse af retten; det at have retten er tilstrækkeligt. Ej heller kræves nogen ejerandel for at opfylde kriteriet.

Bestemmelsen udvider dermed kredsen for aftalebaseret ret til at udøve bestemmende indflydelse over en virksomhed ud over den ramme, som jf. artikel 22, stk. 1, litra c, lægges for at indgå aftaler med koncerndatter selv om beslutningskompetence efter blandt andet den tyske ”Beherrschungsvertrag”-model, og som der ud over artikel 22, stk. 1, litra d, ii, ligger for aftale om stemmerettigheder inden for ejerkredsen.

Muligheden for tredjemands ret til bestemmende indflydelse på aftalemæssigt grundlag er hermed til stede f.eks. i forbindelse med pantsætning af stemmerettigheder, og når misligholdelse af det underliggende skyldforhold aktualiserer udøvelse af stemmerettighederne.

Der erindres i denne sammenhæng tillige om, at ”bestemmende indflydelse” indebærer eksistensen af en herskende part og en afhængig part, ligesom ”bestemmende indflydelse” omhandler beslutningsmæssig kompetence, der efter omstændighederne kan have karakter af forvaltningsmæssige beføjelser, men som normalt skal ses i sammenhæng med stemmerettigheder enten på ejerniveau (f.eks. generalforsamlinger) eller ledelsesniveau (f.eks. bestyrelses- eller direktionsniveau).

I situationen beskrevet under nummer 2 (koncernmoder har ret til at udøve kontrol) er der – som ovenfor – tale om, at rettens tilstedeværelse er tilstrækkelig; udøvelse af den kræves ikke.

Men genstanden for retten, nemlig kontrol, er væsensforskellig fra genstanden i den ovenfor under nummer 1 beskrevne situation.

Rettens genstand er nu ikke begrænset til en beslutningsmæssig kompetence på hverken ejer- eller organniveau, men rummer tillige en substansbetinget ”magt” over koncerndatterens driftsmæssige og finansielle forhold. Substansen, og dermed også resultatet i form af afkast, af relationen mellem koncernmoder og koncerndatter er nu afgørende.⁶⁹

Retten ses almindeligvis at være aftalemæssigt funderet og kan f.eks. bero på aftaler om eneleverandør- eller eneafterrelationer. Det centrale for konstruktionen er det forhold, at koncernmoder har en rettighed, der gør koncerndatter afhængig af sig, uden at rettigheden i øvrigt involverer stemmerettigheder eller beslutningsmæssig kompetence.

Der er – med SIC 12 terminologien in mente – tale om et ”autopilot”-forhold, hvor f.eks. aftaler mellem koncernmoder og koncerndatter ”låser” relationen mellem parterne.

I situation 3 (koncernmoderen udøver faktisk bestemmende indflydelse) er der tale om, at koncernmoderen råder over et tilstrækkeligt antal stemmerettigheder til, at koncernmoderen – uden at kunne råde over et absolut stemmeflertal – alligevel erfaringsmæssigt og over en given periode med baggrund i beholdningen af til rådighed værende stemmerettigheder har kunnet sætte sig igennem på generalforsamlingen og dermed har kunnet dominere beslutningstagning inden for ejerkredsen.

⁶⁹ Se nærmere om Kommissionens overvejelser i forbindelse hermed Commission Staff Working Paper, Part I, Impact Assessment, SEC (2011) 1289 final, side 65.

Bestemmelsen lægger sig dermed indholdsmæssigt op ad den konstruktion, som i IAS 27 (2008)-sammenhæng blev etableret ved udsendelsen af tidligere omtalte IASB Update, October 2005, hvortil henvises for nærmere analyse heraf.

I situationen beskrevet under nummer 4 (koncernmoderen udøver faktisk kontrol) er der som ovenfor under nummer 3 tale om, at der ingen formaliseret rettighed foreligger, men at kontrol over koncerndatter faktisk er etableret.

I lighed med situationen beskrevet under nummer 2 (koncernmoder har ret til udøvelse af kontrol), er genstanden for den faktiske udøvelse ”kontrol”. Denne kontrol beror på substansen i relationen mellem koncernmoder og koncerndatter, og bestemmelsens anvendelsesområde ligger i forlængelse af IAS 27 (2008)-standardens SPE-praksis, som den er defineret i SIC 12. (Se nærmere herom i afsnit 4.3.5.9).

Eksemplerne illustreres f.eks. ved de SPE-relationer, som i tilknytning til analysen i afsnit 4.3.5.9 af IAS 27 (2008)-standard: en koncernmoder (”the sponsor”) sælger den bygning, som erhvervsvirksomheden drives fra, til et til lejligheden oprettet ejendomsselskab, og der etableres en lejekontrakt, hvis vilkår tilgodeser virksomhedens behov for en langvarig brugsret over ejendommen.

Ejendomsselskabet optræder i realiteten som finansieringskilde for koncernmoderen, idet den tilvejebringer finansiering til køb af den pågældende ejendom, men har egen ejerkreds, og stemmerettigheder og dermed forvaltningsbeføjelser beror hos denne ejerkreds. Grundet imidlertid den indgåede lejekontrakt og dens vilkår, der tilgodeser koncernmoderens driftsmæssige aktiviteter og i øvrigt har en lang tidshorisont, er der reelt ingen beslutninger for ejendomsselskabets ejerkreds at træffe.

Substansen i relationen er, at ejendomsselskabets ejerkreds alene har rollen som financier, og ejendomsselskabet får dermed karakter af en ”special purpose entity”, der fungerer efter ”autopilot”-princippet, som dette er beskrevet i afsnit 4.3.5.9.

Sammenfattende kan om bestemmelsen således siges, at den indebærer væsentlige valgfrie momenter til medlemslandenes implementering af koncernbegreber, hvis resultat – i hvert fald i teorien – potentielt kan udvide konsolideringskredsen betragteligt i det omfang, hvor medlemslandene ønsker at implementere den: først og fremmest stiller bestemmelsen ingen krav om (med)ejerskab, dernæst indeholder bestemmelsen et væsentlig rum for koncernindikation med baggrund i de facto-forhold, og endeligt åbnes op for en bredere og mere principbaseret forståelse af kernen i koncernrelationen, der nu ikke alene omhandler ”bestemmende indflydelse”-momenter, men også mere substansfunderede momenter.

Med andre ord: vejen er banet for den medlemsstat, der måtte ønske at anvende IAS 27 (2008) som udgangspunkt for det nationale regnskabsretlige koncernbegreb.

5.2.2.5.2 "Koncernmoder og koncerndatter er underlagt koncernmoderens fælles ledelse", artikel 22, stk. 2, litra b

Denne sidste valgfrie bestemmelse er et alternativ til den netop under artikel 22, stk. 2, litra a, beskrevne. Begge kan således ikke implementeres.

Bestemmelsen omhandler den situation, hvor koncernmoderens ledelse samtidig er koncerndatterens ledelse, hvilken efter danske forhold antages ikke at være foreneligt med SL's bestemmelser. Bestemmelsen har af samme årsag ikke været implementeret i dansk ret.

Bestemmelsen er i god overensstemmelse med f.eks. tysk "Konzernrecht", hvorefter "einheitliche Leitung" er en yderligere forudsætning for, at en konstruktion med en herskende og en afhængig virksomhed i virksomhedsgruppen kan ses som en koncern efter AktG § 18, jf. hvad ovenfor er nævnt om det tyske system med forskellige typer af "verbundene Unternehmen".

Direkte og indirekte rettigheder, artikel 22, stk. 3 - 5

Regnskabsdirektivets (2013) bestemmelser om direkte og indirekte indflydelse er særegen fra tilsvarende bestemmelser i to henseender:

For det første omhandler bestemmelserne eksplicit ikke alene stemmerettigheder, jf. "...stemmerettigheder og rettigheder til udnævnelse og afsættelse" i artikel 22, stk. 3.

Det følger heraf, at f.eks. rettigheder til at udnævne og afskedige ledelsesmedlemmer, som beror hos en mellemliggende koncerndatter, skal indregnes i den ultimative koncernmoders beholdning af rettigheder. (Samme antages i øvrigt at være tilfældet i forhold til de internationale regnskabsstandarder, der imidlertid ikke eksplicit indeholder bestemmelser herom).

For det andet indgår i bestemmelsen de rettigheder, som f.eks. er uddelegeret til tredjemand, men som udøves for koncernmoderens eller en anden koncerndatters regning. Hermed er der taget højde for de rettigheder, som i IASB-standarder genkendes som principal-/agentproblemstillinger.

En logisk konsekvens heraf er det herefter, at der i de opregnede stemme- og andre rettigheder fradrages sådanne, som koncernmoderen måtte råde over for andres regning, jf. artikel 22, stk. 4, litra a. Der tænkes i denne sammenhæng naturligt på situationer, hvor en koncernmoder eller en anden koncerndatter for nogle af de beholdne rettigheder alene har en agentrolle.

Endvidere skal i henhold til artikel 22, stk. 4, litra b, fradrages sådanne rettigheder som beror hos f.eks. en panthaver, når denne udøver disse rettigheder efter instruks, eller når sådanne rettigheder er stillet som sikkerhed i forbindelse med en låneengagement, og udøvelsen af rettighederne sker i pantsætters interesse.

5.2.2.6 *Horisontale koncerner, artikel 22, stk. 7*

Krav om konsoliderede regnskaber også i horisontale koncerner udgør i lighed med tidligere under koncernregnskabsdirektivet en valgfri implementeringsmulighed for medlemsstaterne.

Implementering kan ske i overensstemmelse med én af følgende to valgmuligheder:

”Fælles ledelse i overensstemmelse med aftale med andre koncernvirksomheder eller i henhold til disse andre virksomheders vedtægt”, artikel 22, stk. 7, litra a:

Forudsætningen for krav om konsoliderede regnskaber efter denne bestemmelse er således, at der etableres en fælles ledelse efter ”entity”-modellen, jf. afsnit 4.2.4.2

Grundlaget herfor kan være aftale (f.eks. de såkaldte management-aftaler), eller der kan i vedtægter være indfattet bestemmelser om en sådan fælles ledelse.

”Personsammenfald på flertallet af medlemmer i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganer i regnskabsåret og indtil tidspunkt for udarbejdelse af konsolideret regnskab”, artikel 22, stk. 7, litra b:

Scenariet er det samme som ovenfor – men blot på et de facto-grundlag. Under den netop beskrevne bestemmelse, artikel 22, stk. 7, litra a, forelå et de jure-grundlag i form af aftale eller vedtægt, der begrundede en fælles ledelse. – I artikel 22, stk. 7, litra b, er grundlaget ikke vedtagelsen af en sådan fælles ledelse, men en konstatering af, at en magtkoncentration foreligger som følge af et faktisk overlap af ledelsesmedlemmer.

5.2.3 **Koncernbegreberne i Regnskabsdirektivet (2013) og IASB-standarden – konvergens og divergens^{70 71}**

Ovenstående analyse af de enkelte elementer i regnskabsdirektivets afgrænsning af konsolideringskredsen (”koncernen”) giver anledning af en række overordnede konstateringer, herunder især også observationer i et komparativt perspektiv, når henses også til IAS 27 (2008)-standarden og IFRS 10-standarden. (Komparative

⁷⁰ Se i denne sammenhæng også Fortolkningsmeddelelse vedrørende bestemte artikler i Rådets Fjerde og Syvende Regnskabsdirektiv (98/C 16/04), punkt 1, nr. 3.

⁷¹ For en selvstændig grundig gennemgang af IFRS 10 i tysk perspektiv, samt en komparativ analyse af IFRS 10-koncernbegrebet og HGB, se Ernst-Thomas Kraft og Mathias Link i Der Konsolidierungskreis nach HGB und IFRS, ZGR 42, hæfte 4, 2013, side 514 ff.

analyser af koncernbegreber på tværs af såvel regnskabsdirektivet (2013), IASB-standarden og ÅRL følger i tilknytning til kapitel 6, hvor ÅRL's koncernbegreb analyseres).

5.2.3.1 "Principbaseret"

Indledningsvist giver præambelens punkt 6 regnskabsdirektivet (2013) anledning til undren:

"Anvendelsesområdet for dette direktiv bør være principbaseret og bør sikre, at det ikke er muligt for en virksomhed at udelukke sig selv fra anvendelsesområdet ved at danne en koncernstruktur med virksomheder i flere lag etableret inden for eller uden for Unionen".

Det beskrevne hensyn giver mening i flere henseender:

For det første må det lægges til grund, at principbaserede bestemmelser, der anvendes på et specifikt faktum og under inddragelse af de i situationen relevante undersøgelser, reelt kan antages at være en hensigtsmæssig reguleringsform, når det handler om at reducere risikoen for omgåelse.

Sådan var også præmissen for udviklingen af den nye IFRS 10-standard, og synspunktet ses ikke i denne sammenhæng reelt udfordret.

Dernæst har Unionsretten i en række sammenhænge både i ord og handling efterstræbt en ensartethed i forhold til IASB-standarden.

Paradokset tegner sig imidlertid, når analysen af koncernbegrebet herefter påviser, at såvel formulering som indhold af den nye artikel 22 ligger helt tæt op ad koncernregnskabsdirektivets artiklerne 1 og 12, og at tidligere "bright-lines" er bibeholdt, hvortil kommer forarbejdernes bemærkninger om, at ingen ændringer ejheller er tilsigtede.

Reelt principbaserede formuleringer ses alene anvendt i den fakultative artikel 22, stk. 2.

Med den demonstrerede konservatisme har Kommissionen nok undgået store sværds slag i forhold til visse medlemslandes manglende tilbøjelighed til at reformere koncernregnskabsretten – men den manglende nytænkning til fordel for netop mere principbaserede formuleringer indebærer også en forspildt mulighed for at bringe den regnskabsmæssige forståelse af koncernen et skridt videre og dermed også at mindske det gab, som nu med IFRS 10 øges i forhold til de børsnoterede selskabers regnskabsmæssige koncernforståelse.

5.2.3.2 *Konvergens som målsætning*

Som tidligere anført gennemførtes med ændringerne af koncernregnskabsdirektivet i 2003⁷² en række tilpasninger med henblik på at skabe konvergens med blandt andet koncerndefinitionen til IAS 27 (2008)-standarden.

Denne standards koncernbegreb er nu fortid og afløst af IFRS 10-standardens koncernbegreb, der som allerede behandlet i afsnit 4.4 adskiller sig på en række væsentlige punkter fra IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb.

I fortsættelse af, hvad netop ovenstående er anført, bemærkes, at en introduktion af et nyt koncernbegreb i regnskabsdirektivet (2013), som ud fra konvergensbetragtninger havde lagt sig tættere op af det principbaserede koncernbegreb i IFRS 10, kunne have haft meget for sig.

5.2.3.3 *Udvalgte begreber*

5.2.3.3.1 "Bestemmende indflydelse"

Den obligatoriske del af koncernbegrebet i artikel 22, stk. 1, fokuserer ikke på det langt bredere begreb kontrol, men i al væsentlighed på organbeherskelse,⁷³ og herunder forvaltningsmæssige beføjelser i kraft især af stemmerettigheder.

Der ses imidlertid ingen reference til økonomiske beføjelser eller formålet med en sådan organbeherskelse, som i f.eks. IAS 27 (2008): "so as to obtain benefits", eller IFRS 10 "exposed to or right to variable returns". Af samme årsag refereres der naturligt ej heller til et link mellem det at have magt og det at efterstræbe økonomisk vinding qua koncernrelationen ("primary beneficiary"-status som målsætning).

Koncernbegrebet i regnskabsdirektivet (2013) kan dermed for så vidt angår de obligatoriske koncernkriterier siges at fokusere alene på magtelementet ("power"), når der sammenlignes med mere moderne koncernbegreber, og sådan som det i øvrigt har været i god overensstemmelse med ældre tysk praksis i forhold til forståelsen af koncernbegrebet.

Dermed bliver bestemmelsen for så vidt angår obligatoriske kriterier også "blind" på det øje, der omhandler såkaldte strukturerede virksomheder, hvor det i højere grad er relationens substans, herunder vurderingen af "risk-/reward"-momenter, der er afgørende for kontrol.

I det mulige fravær af ejerskab, eller i tilfældet af blot en mindre ejerandel, og uden mulighed for at identificere temaer eller kun få temaer, som der løbende skal

⁷² KOM (2002) 259/2 – endelig.

⁷³ Se nærmere om forståelsen af dette begreb i Erik Werlauff, Koncernretten, 1. udgave, side 18 ff.

udøves bestemmende indflydelse over, vil sådanne strukturerede enheder i en lang række tilfælde ”gå under radaren” i forhold til de obligatoriske dele af direktivets koncernbegreb og med uensartet konsolideringspraksis til følge.

I f.eks. tysk national koncernregnskabslovgivning er der taget højde for konsolidering i også denne type koncerner (strukturerede virksomheder, inklusiv ”siloe”), idet der ved implementeringen af koncernregnskabsdirektivet med hjemmel i artikel 22, stk. 2, – og med tydelig inspiration fra IAS 27 (2008)-standarden, således er indføjet følgende i HGB § 290, stk. 2:

”Beherrschender Einfluss eines Mutterunternehmens besteht stets, wenn.....

4. es bei wirtschaftlicher Betrachtung die Mehrheit der Risiken und Chancen eines Unternehmens trägt, das zur Erreichung eines eng begrenzten und genau definierten Ziels des Mutterunternehmens dient (Zweckgesellschaft). Neben Unternehmen können Zweckgesellschaften auch sonstige juristische Personen des Privatrechts oder unselbständige Sondervermögen des Privatrechts sein,”.

Objektet for den ”bestemmende indflydelse” (og de øvrige obligatoriske de jure-bestemmelser) er ikke nærmere defineret i bestemmelsen. Dermed opnås ikke nogen ”sortering” af, hvilke temaer, der skal omfattes af ”bestemmende indflydelse”, og det må antages, at et sådan fravær af sondring mellem de aktiviteter, der er relevante og beskyttende jf. den i afsnit 4.3.5.3 og 4.4.7.3 beskrevne IAS 27 (2008)- og IFRS 10-terminologi vil indebære bias på den vægtede værdi, som bestemmende indflydelse i den konkrete situation reelt må antages at have.

Endelig ses ej heller ”bestemmende indflydelse” at blive korrigeret for principal-/agentproblemstillinger; i konsekvens heraf skelnes der ikke mellem magt, der udøves for egen henholdsvis tredjemands regning, hvilket givetvis kan indebære et ikke ubetydeligt omfang af uhensigtsmæssig konsolidering i de situationer, hvor ”bestemmende indflydelse” er uddelegeret til f.eks. en kapitalforvalter, der almindeligvis arbejder på vilkår, der muliggør umiddelbar fratagelse af de således uddelegerede beslutningsmæssige beføjelser (”kick-out”-rights).

Læg dertil, at direktivet fortsat ikke indeholder nogen definition af eller vejledning til forståelsen af ”bestemmende indflydelse” – og vejen er banet for stor forskellighed i implementeringen og den praktiske udmøntning af regelsættene.

5.2.3.3.2 "Ret til at udøve eller faktisk udøver bestemmende indflydelse eller kontrol", artikel 22, stk. 2:

Hvad de obligatoriske koncernindikationer måtte mangle af modernitet og orientering mod de internationale regnskabsstandards, indeholdes til gengæld i rigt mål i direktivets fakultative del i artikel 22, stk. 2.

Hvad enten medlemslandene måtte have præference for bestemmende indflydelse eller kontrol, og hvad enten der måtte være præference for de jure-baserede rettigheder eller de facto-udøvelse, er der mulighed for i forbindelse med direktivets implementering at modellere ekstra krav til national konsolideringspraksis.

Heri ligger blandt andet også hjemlen til, at medlemslandene i givet fald vil kunne implementere sig frem til konsolideringskrav, der i mindre eller højere grad lægger sig tæt op ad de internationale regnskabsstandards, sådan som f.eks. Danmark gjorde det i 2009.

Konstateres må det i denne sammenhæng, hvor sympatisk end tanken om en vis grad af ensartethed mellem koncernbegreberne for et medlemslands noterede henholdsvis ikke noterede selskaber måtte være, at en sådan bestemmelse i væsentlig grad bidrager til forskellighed indbyrdes i medlemslandenes nationale regnskabsregler.

Tillige er der i direktiv-sammenhæng tale om så væsentlige nyskabelser, at vejledning i form af definitioner eller mere præcise bestemmelser i artikel 22, stk. 2, ville have været et gode. Praksis – herunder også Domstolens praksis – må nu udfylde hullerne i den fælles EU-retlige forståelse af de for mange medlemslandes nationale regnskabsregler uvante begreber.

I tilknytning til bestemmelsens tilblivelse bemærkes i øvrigt, at det oprindelige direktivforslag fra Kommissionen så den nævnte bestemmelse som obligatorisk.⁷⁴

5.2.3.4 *Konkurrerende koncernindikationer*

Når bortses fra bestemmelsen om, at artikel 22, stk. 1, litra d.i, viger for koncernindikation efter artikel 22, stk. 1, litra a, b og c, ses i bestemmelsen ikke i øvrigt nogen stillingtagen til forrang eller indbyrdes vægtning af de enkelte koncernindikationer eller kombinationer heraf.

Det samme gør sig gældende i det indbyrdes forhold mellem de obligatoriske koncernindikationer i artikel 22, stk. 1, og de valgfrie koncernindikationer i artikel 22, stk. 2.

⁷⁴ COM/2011/0684 final, dels Explanatory Memorandum punkt 4.6, og dels forslag til artikel 23, stk. 1, litra d.

Der er således ingen vejledning i f.eks. den situation, hvor en kapitalejer A råder over 51 % af stemmerettighederne i kraft af aftale med øvrige ejere efter artikel 22, stk. 1, litra d.i, og hvor kapitalejer B på andet grundlag, har ret til at udnævne et flertal af ledelsesmedlemmerne efter artikel 22, stk. 1, litra b.

I IFRS 10-standarden indeholdes vejledning til gennemførelse af analyser og dragning af konklusioner i forhold til afvejning af de to ”rettigheder” og deres tyngde i forhold til at kunne styre de relevante aktiviteter mv.

I fraværet af et specifikt hierarki og/eller vejledning i forhold til at foretage de relevante analyser og skøn, antages risikoen for forskelligartet praksis i ellers sammenlignelige situationer at måtte øges.

5.2.4 EU IFRS 10-standardens koncernbegreb

I afsnit 4.1 om kvalificering af regnskabsstandarter som begreb blev antaget, at internationale regnskabsstandarter kunne opnå retsvirkninger blandt andet ved inkorporering som en del af retsgrundlaget i forbindelse med lovgivning.

Det er en sådan transformering fra global regnskabsstandard til en del af EU-retten, der analyseres i dette afsnit.

Afsnittet tager afsæt i, hvad i tidligere i afhandlingen er anført om IASB-standarderne, herunder den indholdsmæssige analyse af IFRS 10-standardens og dens koncernbegreb.

Genstand for behandling i dette afsnit bliver dermed EU IFRS 10-standardens hjemmelsgrundlag og EU IFRS 10 anskuet som som europæisk ”lov”.

5.2.4.1 Hjemmelsgrundlaget for EU IFRS 10

Af de grunde, som allerede er anført i afsnit 4.2 og 5.2.1, blev i 2002 vedtaget Forordning 1606/2002 om anvendelse af internationale regnskabsstandarter, og koncernregnskabs aflagelse efter IASB-standarderne blev som allerede anført obligatorisk fra 1. januar 2005, jf. forordningens artikel 4.

Forordningen anførte i artikel 3 de indholdsmæssige forudsætninger for, at sådanne standarter skulle kunne godkendes: For det første måtte standarterne ikke være i modstrid med principperne i daværende regnskabsdirektiver, idet de i øvrigt skulle være i den europæiske offentligheds interesse. For det andet skulle standarterne opfylde krav om gennemsigtighed, relevans, pålidelighed og sammenlignelighed, jf. straks nedenfor.

De tilblivelsesmæssige forudsætninger blev angivet i artiklerne 3 stk. 3, og i artikel 6: Kommissionen bistås af et regnskabskontroludvalg, og den særlige komitologi-procedure anvendes, jf. nedenfor.

Yderligere forordninger er kommet til i takt med nye standarders godkendelse. Af aktuel og særlig interesse for denne afhandling er Forordning 1254/2012, hvorved blandt andet IFRS 10 blev integreret i EU-retten.

Bemærkelsesværdig er måske især den regulering, som ikke findes i forordningen: hjemlen til at kræve udarbejdelse af koncernregnskaber (jf. afsnit 6.1.2 om ÅRL), bestemmelser om håndhævelse og sanktionering og bestemmelser om revision.

Af samme årsag er i ÅRL § 137, stk. 4, indsat en bemyndigelse til Erhvervsstyrelsen med henblik på fastsættelse af regler, der er nødvendige for anvendelsen af IFRS-forordningen.

Først blev i denne sammenhæng udstedt bek. 1329 af 14. december 2004 med tilhørende vejledning fra Erhvervs- og selskabsstyrelsen af 14. marts 2005, og siden er denne afløst af bek. 930 af 19. august 2014.

Udgangspunktet om, at forordninger hverken kan eller skal implementeres er dermed modereret, idet forordningen herved efterlader bevidste ”lakuner”, som må udfyldes.⁷⁵

Foruden en række regnskabstekniske forhold, regulerer bekendtgørelse 930/2014 følgende væsentlige spørgsmål:

- § 2 om standardernes forrang for ÅRL’s regler, hvor samme forhold måtte være reguleret,
- § 8 om ÅRL som hjemmel for krav om koncernregnskaber, også de der i øvrigt skal aflægges efter IFRS-standard (jf. nærmere i afsnit 6.1.2),
- § 10 om sanktionering af overtrædelse af bekendtgørelse og forordning med bøde eller højere straf efter straffeloven (jf. straks nedenfor).

På dette sted i afhandlingen er imidlertid ud fra et hjemmelssynspunkt interessant at notere sig, at der med vedtagelsen af EU IFRS 10 (og før denne IAS 27 (2008)) bevidst eller ubevidst fra lovgivers side eksisterer en ”dobbelt” (eller måske ”konkurrerende”) hjemmel til at stille krav om udarbejdelse af koncernregnskaber, og at denne hjemmel i afgrænsningen af sit anvendelsesområde, som følger af koncernbegrebets karakter af ”Zweckbegriffe”, jf. afsnit 2.3, er forskellig:

⁷⁵ Se hertil Erik Werlauff i Hvornår skal eller kan en forordning implementeres?, U.2012.372.

Som analysen i afsnit 6.1.2 viser, antages hjemlen til krav om udarbejdelse af koncernregnskaber både af national og EU-logiver at følge af national regnskabsret, uanset om der er tale om koncerner med eller uden børsnotering.

Hjemlen er således af indirekte EU-retlig karakter, idet det uanset sin placering i national regnskabslovgivning har sit udspring i EU-regnskabsdirektiver, som ganske vist giver medlemslandene en række muligheder for individuelt at formulere hvert sin hjemmel til krav om koncernregnskaber - men dog sådan, at visse fælles minimumskrav skal opfyldes.

Heroverfor kunne – i tilknytning til dette afsnit – lidt polemisk rejses spørgsmålet om hensigtsmæssigheden af en forordningsbaseret hjemmel til krav i EU IFRS 10.2.a om fremlæggelse af koncernregnskaber, og ikke mindst om det faktum, at EU IFRS 10.5-9 har et eget koncernbegreb, som ikke er i fuldstændig overensstemmelse med hverken IAS 27 (2008)- eller ÅRL-koncerndefinitionen.

Retstilstanden kan dermed reelt beskrives således, at EU-retten rummer både en indirekte og en direkte hjemmel til krav om koncernregnskaber i børsnoterede selskaber: dels den indirekte, der følger af kravet om implementering af regnskabsdirektivet (2013) i ÅRL, og dels den, der direkte følger af den forordningsbestemte EU IFRS 10-standard, idet sidstnævnte må antages at skulle vige til fordel for førstnævnte.

Realiteten er, jf. også kapitel 6 og i dansk sammenhæng også § 2 i bekendtgørelse 930/2014, at EU IFRS 10-standardens koncernbegreb (og ikke ÅRL's ditto) anvendes af revisorer, når børsnoterede virksomheder træffer beslutning om udarbejdelse af koncernregnskaber, og at de nationale tilsynsmyndigheder, jf. også de i afsnit 4.3 citerede afgørelser, ikke alene billiger men også forudsætter en sådan praksis.

Enhver anden praksis ville nøgternt set bidrage til fortabelse af ét af de væsentligste formål med indførelsen af IASB-standard for børsnoterede selskabers regnskaber, nemlig det at konsolidering skal ske efter ensartede og globalt anerkendte principper, hvilket anvendelse af medlemslandenes individuelle nationale regnskabsmæssige koncerndefinitioner med baggrund i regnskabsdirektivets (2013) mange valgmuligheder ingenlunde ville være.

Det følger af sagens natur, at hjemlen til at kræve koncernregnskaber dårligt lader sig adskille fra afgrænsningen af anvendelsesområdet (i realiteten koncernbegrebet), hvilket altså ikke desto mindre synes at være eksplicit tilsigtet fra Kommissionens side.

For en nærmere analyse af problemstillingen henvises som tidligere anført til denne afhandlings afsnit 6.1.2. På dette sted i afhandlingen lægges til det forhold til grund,

at EU IFRS 10-koncerndefinitionen de facto anvendes ved afgørelsen af, om en given virksomhedsgruppe har en karakter, der begrundet krav om koncernregnskaber.

5.2.4.2 *Er EU IFRS 10 "europæisk" nok?*

Besvarelsen af dette spørgsmål forudsætter en fastlæggelse af og konsensus om, hvad der forstås ved "europæisk" koncernregnskabsret. Som afhandlingens tidligere afsnit har påvist, eksisterer en sådan konsensus ikke.

Kernen i problemstillingen er de fortsat fastlåste positioner i forhold til kompromisset mellem traditionel angelsaksisk og kontinentaleuropæisk (fortrinsvis tysk) koncernregnskabsret. I denne sammenhæng er forskellige opfattelse af koncernbegrebet blot én af flere problemstillinger.

Samme kerne i problemstillingen kommer herefter til at handle om udviklingstendenser i forhold til IASB-organisationens vedligeholdelse af eksisterende og fortsatte udvikling af nye standarder, som qua integrationen i EU-retten bliver bestemmende for den fremtidige udvikling af EU's regnskabsregler.

Det var da også Kommisisonens oprindelige klare forventning, at EU skulle besidde en væsentlig indflydelse på IASB's regnskabsstandarder:

"In order to ensure an appropriate European input into the continuing work of the IASC, the Contact Committee will examine and seek to establish an agreed position on future Exposure Drafts (or draft standards) published by the IASC. An agreed Union position in Exposure Drafts can thus be conveyed to the IASC. This will allow the Union progressively to gain the position of greater influence on the IASC's work, including the determination of its agenda, so that its output will increasingly reflect the EU viewpoint".^{76 77}

At den ventede indflydelse på IASB-standarder ikke er opnået, gav i 2013 anledning til udarbejdelsen af den såkaldte Maystadt-rapport, *Should IFRS Standards be more "European?"*. Hvorvidt rapportens anbefalinger udmøntes i nye initiativer, og hvorvidt sådanne initiativer i givet fald vil medføre, at IASB-standarderne bliver "mere europæiske", er endnu uafklaret.

En øget global udbredelse og anvendelse af IASB-standarderne kan antages at ville modvirke en sådan udvikling, idet en faldende afhængighed af Europa "som

⁷⁶ Accounting Harmonization: A new Strategy vis-à-vis International Harmonization (COM 85 508, punkt 5.4).

⁷⁷ Antageligvis i erkendelse heraf betaler EU hvert år et væsentligt tilskud til driften af IFRS Foundation. Se f.eks. Agreement on the EU Financing of IFRS Foundation, EFRAG, and PIOB, December 2013.

marked” og nødvendigheden af globale kompromisser i forhold til regnskabstraditioner taler imod en sådan særstatus for Europa, herunder også EU, idet sidstnævnte jo i øvrigt som allerede anført er i indbyrdes strid om vægtningen af angelsaksisk og kontinental regnskabsret.⁷⁸

Uagtet sådanne betragtninger må lægges til grund, at i hvert fald koncerndefinitionen og reguleringsmetoden i IFRS 10 bevæger sig i en retning, der er mere europæisk (underforstået kontinentaleuropæisk) end forgængeren: koncerndefinitionen er nu i høj grad principbaseret og i den sammenhæng uden ”bright-lines”, og den kan muligt implementeres, så den understreger substansen (”den økonomiske realitet”) i relationen mellem de konsernforbundne virksomheder.⁷⁹

5.2.4.3 Er EU IFRS 10 ”europæisk lov”?

Ikke mindst motiveret af perspektiverne i det netop forudgående afsnit har retsvidenskabsfolk (og herunder fortrinsvis tyske og hollandske) siden midten af 1990’erne og frem til samtiden⁸⁰ anskuet tilblivelsesaspekter i forhold til IASB-standardernes integration i EU-retten som kontroversielle.

Klaus Hopt anfører herom: ”The IAS/IFRS are privately set bodies of rules. In Germany, some constitutionalists have taken the view that the legislator cannot blindly accept such rules and impose them as mandatory rules. So did the EU when installing the endorsement requirement. But is the EU endorsement process a sufficient guarantee in view of the mass og highly technical standards, or does it just amount to a sampling of major politically or economically important issues?”⁸¹

⁷⁸ I overensstemmelse hermed Christopher Nobes i Comparative International Accounting, 2010, side 113 ff. som følger: ”Another aspect of the EU’s adoption of IFRS was that it was IASB’s ”best customer” during much of the first decade of the twenty-first century. It sought to exercise influence on the IASB in many ways, as may be seen from the discussion of endorsement above.... As more countries adopt IFRS, such influence will be reduced.”

⁷⁹ Steven Hijink gør sig i Toward European Accounting Law?, European company Law 9 No. 4 (2012), side 201-208, til talsmand for, at IASB-standarderne i øvrigt bevæger sig i retning af amerikansk regnskabsregulering og altså ”den forkerte vej” set i europæisk perspektiv.

⁸⁰ Se f.eks. nærmere Peter Hommelhoff i Deutscher Konzernabschluss: International Accounting Standards und das Grundgesetz, Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, side 779 ff, og samme plus Martin Schwab i Gesellschaftliche Selbststeuerung im Bilanzrecht – Standard Setting Bodies und Staatliche Regulierungsverantwortung nach deutschem Recht, Betriebsfachliche Forschung und Praxis 1/98, side 38 ff. samt Steven Hijink i Towards European Accounting Law i European Company Law 9 no. 4 (2012), side 201-208, der betegnede processen som ”a substantial leap forward, while at the same time jumping in at the deep end.”

⁸¹ The European Company Law Action Plan Revisited: An Introduction, European Corporate Governance Institute, Working Paper nr. 140/2010.

5.2.4.3.1 Komitologiproceduren for regnskabsstandards:

Forskellige metoder til integration ("adoption") af IFRS-standarderne kendes: f.eks. har lovgiver i Sydafrika valgt at erstatte nationale regnskabsregler med IFRS-reglerne direkte og således uden nogen særlig behandling i forbindelse med ændringer i standarderne.

Andre lande og regioner som f.eks. EU og Australien har udviklet særlige procedurer for IFRS-standardernes inkorporering. Efter en sådan tilendebragt procedure og vedtagelse af standarden tilføjes i EU-sammenhæng et "EU" foran standardens IASB-betegnelse (og f.eks. i Australien bliver standardernes betegnelse herefter AASB – Australian Accounting Standards Board).

Den primære begrundelse for indførelsen af sådanne procedurer for integration var i EU en forudgående antagelse om, at de løbende udviklinger af nye og ændringer i eksisterende IASB-standarder hverken juridisk eller politisk ville være acceptable i betragtning af, at standardernes anvendelse er obligatorisk for virksomhederne.

I forbindelse med fremsættelsen af forslaget til Forordning 1606/2002 beskrev Kommissionen formålet med de nævnte komitologi-procedure som følger:

"Det er nødvendigt med en godkendelsesmekanisme fra EU for at opnå tilstrækkeligt offentligt tilsyn. Formålet med mekanismen er ikke at omformulere eller erstatte IAS, men at overvåge, at de nye standarder og fortolkninger bliver vedtaget, og der skal ikke gribes ind, medmindre de indeholder væsentlige mangler eller ikke tager højde for særlige økonomiske eller retlige forhold i EU. Den centrale opgave for denne mekanisme bør være at bekræfte, at IAS skaber et hensigtsmæssigt grundlag for regnskabsaflægelse for børsnoterede EU-selskaber."⁸²

Gower & Davies anskuer proceduren som et overflødigt "filter", igennem hvilket en IASB-standard skal føres, før standarden i kraft af EU-forordning kan blive obligatorisk for europæiske virksomheder.

Samme refererer i denne sammenhæng til forordningens artikel 3, stk. 2, hvorefter integration ikke kan ske, hvis den pågældende standard ikke respekterer "true and fair view-princippet", idet der endvidere henvises til IAS 1-standardens (Presentation of Financial Statements, hvorefter "fair presentation" er et krav).

⁸² Forslag til Europa Parlamentets og Rådets Forordning om anvendelsen af internationale regnskabsstandards, punkt 3.3. KOM/2001/0080 endelig udgave.

Ræsonnementet er herefter, at IASB i praksis allerede har efterprøvet og reguleret den problemstilling, som forordningens artikel 3, stk. 2, opstiller som krav.

Tilsvarende stilles spørgsmålstejn ved, om efterprøvelse af forordningens krav om ”understandability, relevance, reliability and comparability” er overflødig ud fra en logik om, at IASB forventeligt næppe selv ville udarbejde en standard, der var i modstrid med disse principper”.⁸³

Berettigelsen af en sådan komitologi-procedure kan alene anerkendes med baggrund i en præmis om, at EU i realiteten både kan og tillige er parat til at afvise godkendelsen af en given standard, og der ses da også i praksis eksempler herpå:

Eet eksempel var den tidligere IAS 39-standard omhandlende finansielle instrumenter, som i 2004 ikke i første omgang blev godkendt i sin helhed, andre eksempler er IFRIC 3-fortolkningen vedrørende emissionsrettigheder i 2005 og endelig IFRS 8-standarden vedrørende ”operating segments” i 2007.⁸⁴

Udbredt er imidlertid det synspunkt, at EU’s forkastelse af væsentlige dele af IASB-standardkomplekset ville føre til kollaps af det samlede system af regnskabsstandarde, idet de i vid udstrækning må ses som hinandens forudsætninger, hvilke betragtninger også lå til grund for E. Delsalles, der har sammenlignet et sådant tænkt scenarium med et atomnedslag.⁸⁵

Fire organer er nu involveret i komitologi-proceduren:

I det oprindelige komitologi-system havde Kommissionen kompetencen til at godkende en given regnskabsstandard, efter at Kommissionen i øvrigt har ladet sig rådgive af en teknisk gruppe, EFRAG (European Financial Reporting Advisory Group), og af en gruppe af repræsentanter fra medlemslandene, ARC – Accounting Regulatory Committee). Disse grupperes rolle er beskrevet i forordningens artiklerne 3 og 6, stk. 2, sidstnævnte også jf. artiklerne 5 og 7 i afgørelse 1999/468/EF.

EFRAG-gruppen består af revisorer og andre interessenter fra den private sektor, og gruppen er samtidig det bindeled til IASB-organisationen, som søger at påvirke IASB-udviklernes arbejde i en retning, som er i overensstemmelse med EU’s interesser.

ARC-gruppen består af repræsentanter fra medlemslandene.

⁸³ Principles of Modern Company Law, 9. udgave, 2012, side 770 ff.

⁸⁴ Se nærmere Christopher Nobes og Robert Parker i Comparative International Accounting, 2010, side 112.

⁸⁵ E. Delesalle i Le point sur les réformes comptables en cours, La comptabilité en mouvement, 2002.

I tillæg til denne oprindelige konstruktion blev i 2006 tilføjet endnu en rådgivningsgruppe for Kommissionen, SARG – Standards Advice Review Group, hvis opgave det er at give Kommissionen rådgivning, der er uafhængig af dels revisionsfirmaer og private virksomheder (som i EFRAG-gruppen) og dels medlemslandenes regeringer (som i ARC-gruppen).

Endelig har Parlamentet siden 2008 haft en ret til inden for en tremåneders periode efter Kommissionens fremlæggelse af forslag til en given forordning mulighed for at fremsige indsigelse i forhold hertil.

Når en standard foreligger som godkendt af Kommissionen, udestår blot en offentliggørelse i EU Tidende, før standarden kan betragtes som en del af EU-retten.

Indførelsen af en sådan procedure, der i praksis er langstrakt og omstændelig, indebærer, at der kan opstå situationer, hvor der er forskel på IFRS-standard og på EU IFRS-standard. F.eks. afløste IFRS 10 globalt IAS 27 (2008) med virkning fra 1. januar 2013, medens EU IFRS 10 først blev obligatorisk med virkning for regnskaber start af regnskabsår fra 1. januar 2014. Tilsvarende vil blot ændringer i IFRS 10-standardens koncernbegreb også skulle gennemgå den beskrevne komitologi-procedure for at blive integreret i EU IFRS 10-standard, hvormed er skabt et rum for, at EU IFRS 10 i forhold til sådanne én eller flere løbende ændringer i IFRS 10-standardens koncernbegreb vil kunne afvige fra koncernbegrebet i IFRS 10 ”global”.

I princippet vil altså – i det mindste i en overgangsperiode – kunne bestå en situation, hvor forskellige koncernbegreber kan opstå i EU IFRS 10 i forhold til IFRS 10.

Christopher Nobes beskriver til eksempel, hvorledes revisorerne i 2008 koncernregnskabet for GlaxoSmithKline koncernen måtte redegøre for regnskabsmæssige forhold med udgangspunkt i IFRS, i EU IFRS og den nationale regnskabsregulering som denne forelå implementeret fra EU-direktivet – alt som udslag af på regnskabstidspunktet eksisterende forskelle i de tre sæt af regnskabsreguleringer.⁸⁶

Supplerende hertil kan anføres, at der fra IASB's side udarbejdes ændringer til eksisterende standarder og nye standarder med en frekvens, der kan skabe uoverskuelighed i forhold til EU-systemets godkendelse af samme.

⁸⁶ Comparative International Accounting, 2010, side 112 ff.

Således måtte Kommissionen f.eks. i 2008 ved forordning 1126/2008 afhjælpe den retsikkerhed, som en række ændringsforordninger havde forårsaget, ved i forordningen at opliste de gældende standarder i én samlet tekst.⁸⁷

5.2.4.4 Forfatningsmæssig legitimitet

I en resolution fra 2008 konstaterede Parlamentet, at den daværende IAS-forordning i realiteten havde ophøjet IASB til niveauet for et lovgivende organ, og at EU-organerne i den sammenhæng ikke havde anvendt de procedurer og den praksis for konsultation og demokratisk beslutningsproces, som var sædvanlige for egne lovgivningsmæssige procedurer.⁸⁸

Konstateringen er dermed i god overensstemmelse med Hommelhoff og Schwab, der allerede i 1998 – ikke mindst under henvisning til komitologi-proceduren - problematiserede samme:

”.... Im Bereich der Rechnungslegung soll ein ”Standard Setting Body” nach den Vorstellungen seiner Befürworter Rechtswirkungen entfalten: Seine Festsetzungen sollen ohne jede Einbindung in gesetzliche Grundwertungen einen Geltungsanspruch erheben, der allein aus ihrer tatsächlichen Anerkennung bei den Rechnung legenden Unternehmen und ihren Prüfern gespeist wird. Die so ”anerkannten” Festsetzungen sollen aber – noch weitergehend – ohne jede staatliche Inferenz auch rechtlich den Massstab dafür bilden, ob das jeweilige Unternehmen seine Pflicht, die Öffentlichkeit über seine Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu informieren, ordnungsgemäss erfüllt hat. Es soll nämlich eine gesetzliche Vermutung des Inhalts statuiert werden, dass die Rechnungslegung bei Beachtung der vom Gremium gesetzten Standards ordnungsgemäss ist. Das Recht der öffentlichen Rechnungslegung wird auf diese Weise dem freien Spiel der gesellschaftlichen Kräfte und damit vor allem den Zugriff derjenigen Gruppen überlassen, die Sachverstand auf diesem Gebiet bereitstellen können.

Kann ein solches Modell vor dem Grundgesetz und seinen Legitimationsanforderungen bestehen?”⁸⁹

Se også Schaub i 2005: ”Although most people supported the choice of IASs as the appropriate international standard, there was nevertheless considerable

⁸⁷ Jf. præambelens punkt 3.

⁸⁸ Resolution to the European Parliament of Apr. 24, 2008 on international financial reporting standards (IFRS) and the governance of the International Accounting Standards Board (IASB) (2006/2248). – Resolutionen er citeret hos Steven Hijink i *Toward European Accounting Law?*, European company Law 9 No. 4 (2012), side 201-208.

⁸⁹ Gesellschaftliche Selbststeuerung im Bilanzrecht – Standard Setting Bodies und Staatliche Regulierungsverantwortung nach deutschem Recht, Betriebsfachliche Forschung und Praxis 1/98, side 38 ff.

opposition to handing over accounting standard setting for listed companies to a private body that was largely selv-controlled. This did not conform with the democratic traditions of Member States which required that laws be made directly by the Parliament or through delegation by the Parliament”.⁹⁰

I ovenstående citater afspejles det moment, som for en række kontinentaleuropæiske lande bringer legitimitetsspørgsmålet op blandt de væsentligste problemstillinger til i tilknytning til de internationale regnskabsstandarder.

Som det vil erindres fra kapitel 3 om koncernregnskabsers raison d'être er koncernregnskaber i den angelsaksiske regnskabstænkning først og fremmest en "varedeklaration" til brug for handel på alverdens børser eller investororienterede sammenhænge i øvrigt. I den kontinentaleuropæiske koncernregnskabssret tillægges koncernregnskaber først og fremmest betydning i tilknytning til "Schutzzweck"-problemstillinger.

Når et "standard setting body" (IASB) dermed indtager så central en plads i forhold til reguleringen af et område med bred samfundsmæssig betydning, skærpes kravene til legitimitet naturligt.

Hommelhoff/Schwab betegner således konstruktionen med Standard Setting Boards i den omhandlede sammenhæng som autonom selvforvaltning, der ikke har nogen retlig legitimitet:

"Der Versuch, die Standardsetzung als "Selbstverwaltungsaufgabe der Wirtschaft" zu erklären, führt daher in die Irre: "Die Wirtschaft" besteht eben nicht nur aus Unternehmen og Prüfern, sondern auch aus Anlegern und Gläubigern".

Forudsætningerne for et sådant Standard Setting Body med retlig legitimitet måtte således i tilknytning til ovenstående citat være en klar målsætning for – og under offentlig kontrol stående – udnævnelse af medlemmer til et sådant organ, idet der her forudsattes afdækket hensynet til investorforhold, kreditorer, arbejdstagere, minoritetsejere mv. I tillæg hertil måtte fra offentlig side fastlægges rammer for, hvorledes et sådan organ skulle arbejde, ligesom en af markedsinteresser uafhængig finansiering skulle foreligge af organets arbejde.

På en sådan baggrund vil en globalt orienteret IASB-organisation ikke kunne opfylde kravene til legitimitet, jf. også hvad allerede er anført om IASB-organisationens formål og IASB-organisationens struktur i øvrigt.

⁹⁰ Alexander Schaub i The Use of International Accounting Standards in the European Union, Northwestern Journal of International Law & Business, vol. 25, 2005, side 616.

Uanset dette synspunkt må imidlertid lægges til grund, at såvel udformningen af IFRS-forordningerne som forordningen vedrørende komitologi-proceduren hviler på et demokratisk grundlag i forhold til, hvad i øvrigt er gældende for EU-regulering.

At uenigheden i den således etablerede retstilstand fortsat er dybtfølt ikke mindst fra tysk side, jf. hvad f.eks. ovenfor er citeret fra Klaus Hopt, men også andre medlemsstater i den kontinentale del af Europa, ændrer ikke herpå.

5.2.4.5 *EU IFRS 10-koncernbegrebet som retsnorm*

En retsvidenskabelig analyse af begrebet ”lov” og kravene til den gode lovgivning i national og EU-retlig sammenhæng ligger uden for denne afhandlings rammer.

I nærværende afsnit af behandlingen skal alene fremdrages nogle af de forhold, som særligt gør sig gældende for koncernbegrebet som en del af EU-retlig regulering.

Fra EU IAS 27 (2008) og ”bright-lines” til EU IFRS 10 og principper:

Med overgangen fra IAS 27 (2008) til EU IFRS 10 fulgte et yderligere trin i EU-rettens udvikling mod en mere principbaseret regulering, idet ”bright-lines”, der i retten kan sammenlignes med retlige regler, blev erstattet af et principbaseret koncernbegreb.

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø beskriver en sådan udvikling som karakteristisk for EU-retten.

Nogen præcis definition af sådanne EU-principper ses ikke, idet det imidlertid af de nævnte personer antages, at EU-retlige principper almindeligvis indeholder en kerne af regler og derudover ”noget mere”, der kan have forskellig struktur og retsvirkninger.

Et retligt princip fokuserer på eet eller flere momenter, der skal inddrages i den retlige vurdering, men forekomsten af eet eller flere af disse momenter afgør ikke umiddelbart resultatet, der beror på en afvejning af modstående hensyn.⁹¹

Den ”inderste kerne af regler”, jf. ovenstående sprogbrug, er i EU IFRS 10-sammenhæng fastlæggelsen af kontrolbegrebet i EU IFRS 10.5-9, og herunder særligt EU IFRS 10.7.a-c, hvoraf fremgår de obligatoriske og akkumulative elementer i ”kontrolligningen”: magt (”power”), variabelt afkast og et link mellem magt og variabelt afkast (se afsnit 4.4.7).

⁹¹ Retskilder & Retsteorier, 3. reviderede udgave, s. 53 ff.

Til hvert af disse tre begreber knytter sig en uddybende begrebsfastlæggelse (EU IFRS 10.10-18), ligesom et særligt afsnit af regnskabskrav knyttes hertil.

”Noget mere” er, jf. ovenstående, en række integrerede afsnit i standarden, som reelt og tilsammen udgør en form for vejledning til forståelsen:

- Til indledning målsætning for standarden.
- Dernæst afgrænsning af anvendelsesområdet, herunder bestemmelser om fritagelse for koncernregnskabspligten.
- Appendiks A med definitioner af væsentlige begreber.
- Appendiks B med en anvendelsesvejledning til standardens begreber, herunder eksempler.
- Appendiks C med ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser.
- Appendiks D med konsekvensændringer i andre standarder.

Der er med andre ord tale om en opbygning af denne nye EU-retlige norm EU IFRS 10, som er relativt fremmed for, hvad er sædvanligt i forhold til dansk lovtradition, og som selv med EU-målestok er ganske særegen.

I afsnit 5.2 omhandlende den direktivbaserede regnskabsregulering konstateredes imidlertid, at Kommissionen også traditionelt i udgangspunktet havde præference for principbaserede koncerndefinitioner.⁹²

Udgangspunktet for compliance, retshåndhævelse og sanktionering er forskelligt for principbaserede regler og ”bright-line”-baserede regler, og emnet har derfor en central placering i den regnskabsretlige litteratur.⁹³

Regler i form af ”bright-lines” som i IAS 27 (2008)-standardens koncerndefinition antages almindeligvis at være lettere at anvende og må af samme årsag antages at medføre mere ensartet anvendelse. Men sådanne regler kan tillige potentielt tilskynde til forsøg på omgåelse.

Princip-baserede standarder giver mulighed for – og fordrer - at virksomhederne udøver skøn.

⁹² Proposal for a seventh Directive pursuant to Article 54(3)(g) of the EEC Treaty concerning group accounts, COM /76) 170 final, side 20 ff.: ”Precise definitions were considered too rigid and inflexible to take account of the many forms assumed by groups of companies. In addition, if the definition of an undertaking in which the majority of the capital or the majority of the voting rights attaching to the shares issued is held, no account can be taken of those special cases where one undertaking controls another while having no desire to influence the management of the latter.”

⁹³ Se her f.eks. Christian Leuz i How Jurisdictions Differ and Why, European Corporate Governance Institute, Working Paper 156/2010, side 18.

Dette giver på den ene side virksomhedsledelsen mulighed for et vist spillerum, når det besluttes, hvilke oplysninger der skal tilgå markedet, men indebærer på den anden side også risikoen for, at der spekuleres heri.⁹⁴

Et bredt spillerum for skøn har i den oprindelige tænkning af IFRS 10 været et selvstændigt mål. Dette har en fin overensstemmelse med, hvad i afsnit 3.2.1 blev beskrevet om koncernregnskabsers funktion som ”varedeklaration” for markedet.

Den særlige begrundelse for skønnets placering i regnskabsretten har den baggrund, at rigide regnskabsregler vil være mindre egnede til at rumme den kompleksitet, som virksomhedens økonomiske realitet afspejler, herunder at rumme information, der peger fremad, og som derfor kun vanskeligt lader sig efterprøve.

Når koncernregnskaber imidlertid fortrinsvis skal tjene ”Schutzzweck”-formål, eller når selskabsretlig koncerregulering baserer etablering af rettigheder og pligter mellem koncernens forskelligartede interessenter på forudsætninger om gennemsigtighed, synes denne vide adgang til skøn for virksomhedernes ledelser og deres rådgivere mindre hensigtsmæssig.

Principbaserede standarder, der nødvendiggør en væsentlig udøvelse af skøn, har tillige betydning for den håndhævelse, som den pågældende regulering kan give anledning til. Der foreligger således en sammenhæng mellem ex ante regler og ex post retsmidler. Regler – frem for principper – begrænser således domstolenes adgang til at udøve skøn.⁹⁵

At skøn ikke er et grundlag for ”tag-selv-bord”, understreges imidlertid af Kommissionen i forbindelse med vedtagelsen af forordning 1606/2002.⁹⁶

”I et principbaseret system som IAS vil der altid være transaktioner eller ordninger, der ikke er dækket af udtrykkelige regler. I sådanne tilfælde kræver IAS, at ledelsen efter bedste skøn anvender den mest hensigtsmæssige regnskabspraksis (IAS 1, afsnit 22). Denne skønsebøjelse er ikke lig med et frit valg, da IAS kræver, at skønnet udøves under hensyntagen til IASC’s begrebsramme, definitioner, andre standarder og bedste praksis.”

I denne sammenhæng er det værd at notere sig, at udviklingen siden Kommissionens udtalelse af ovenstående imidlertid er gået i retning af endnu større

⁹⁴ Se også, hvad ovenfor er anført om legitimitetsspørgsmål.

⁹⁵ Se nærmere herom også A. Schleifer i *Understanding Regulation*, European Financial Management 11, 2005, 439-451.

⁹⁶ Bemærkninger til visse artikler i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1606/2002 af 19. juli 2002 om anvendelse af internationale regnskabsstandarder og Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978 og Rådets syvende direktiv 83/349/EF af 13. juni 1983 om regnskaber, side 10.

anvendelse af skøn i IASB's standarder, og at spillerummet mellem skønsmåling efter øvrige standarder og frit valg i den mellemliggende periode således muligt kan antages at være øget.

5.2.4.5.1 Fortolkningsprincipper

Ved overgangen fra regnskabsteknisk standard til EU-retlig forordning ændres præmissen for fortolkningen af standardens substans fra at være en – i princippet – selvvalgt metode for opstilling af koncernregnskaber (andre standarder som f.eks. nationale standarder, national regnskabsregulering eller US GAAP kunne i princippet være valgt) til at være en retlig regulering, der statuerer rettigheder og pligter, og hvortil er knyttet offentligt tilsyn og muligheder for sanktionering.

Det må på den baggrund antages, at EU-rettens fortolkningsmetoder skal anvendes, når der skal ske fortolkning af EU IFRS 10-koncernbegrebet.

Som et kuriosum kan nævnes, hvorledes det konsoliderede regnskab for Ryanair Holdings PLC for regnskabsåret 2014 indeholder en omfattende gennemgang af EU Rettens dom T-411/078 vedrørende en EU-fusionsretlig problemstilling som argumentation for, at en mindre beholdning af Air Lingus aktier ikke medfører kontrol efter IFRS 10, og at der derfor ikke skal ske konsolidering.⁹⁷

Afgørelser fra EUD ses endnu ikke, som på tilsvarende grundlag anvender praksis fra fusionsreguleringen som præjudikat i sager om koncernregnskabsretlige problemstillinger.

Det må imidlertid have formodningen for sig, at EU ved tilvalget af IASB-standarderne i 2002 i udgangspunktet må have forudsat, at den praksis i forhold til bestemmelsesternes substans, som i øvrigt udvikler sig til IASB-standarderne, også skal afspejles i praksis inden for EU-rettens område, og at også angelsaksisk revisionskutyme skal afspejles heri.

En række forhold taler imidlertid for, at overgangen til retlig norm på i visse henseender må have en særlig betydning for Forordningens, herunder standardens fortolkning:

Indledningsvis bemærkes, at pligten til EU-konform fortolkning, jf. TEU artikel 4, stk. 3, også i denne sammenhæng må iagttages. Der foreligger således en pligt til EU-konform fortolkning af dansk ret på alle områder, hvor Danmark ikke har enekompetence i forhold til EU.

Hvilke momenter skal da lægges til grund herfor?

⁹⁷ Annual Report 2014 – Ryanair, side 165.

Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø argumenterer for, at fortolkningsproblemer typisk skal løses ved en kombination af danske og EU-retlige synspunkter, og at ordlyd, kontekst, retssystemet som helhed, alle relevante bestemmelsers formål og rettens udviklingstrin på fortolkningstidspunktet skal inddrages.⁹⁸

Når det gælder ordlyden af EU IFRS 10-standardens koncernbegreb udgør de semantiske problemstillinger, som tidligere blev analyseret, en særlig udfordring; som det vil erindres, anvender den danske sprogversion traditionel kontinentaleuropæisk inspireret koncernterminologi ("bestemmende indflydelse" mv.) på den angelsaksisk inspirerede EU IFRS 10-standard.

Da "bestemmende indflydelse" og "kontrol" således har forskelligt indhold, kunne fortolkning af kontrolbegrebet alene med baggrund i den danske sprogversion lede til en opfattelse af, at det kontinentaleuropæiske koncernregnskabsregime med fokus alene på "magt"-elementet ("afhængighedsrelationen") er afgørende.

Som det erindres fra afsnit 4.4 om analysen af IFRS 10-koncernbegrebet er dette ikke tilfældet; kontrol forudsætter opfyldelsen af tre elementer, nemlig magt baseret på rettigheder + eksponering for eller ret til variabelt afkast + et link mellem de to førstnævnte.

Med baggrund heri, og med baggrund i den EU-retlige *acte clair*-doktrin⁹⁹ om, at alle sproglige versioner er autentiske, men at EU-retlige bestemmelser i øvrigt skal fortolkes efter sammenligning med andre sprogversioner, udgør EU IFRS 10-koncernbegrebet et eksempel på et retsområde, hvor nævnte *acte clair*-doktrin i dansk sammenhæng vil gøre en afgørende forskel for fortolkningen af koncernbegrebet.

Der ses ingen eksempler på, at den danske (eller for så vidt ej heller den svenske principielt semantisk ligelydende) version af hverken IAS 27 (2008)- eller EU IFRS 10-standardens begrebsanvendelse har været forelagt Domstolen præjudicielt, jf. TEUF artikel 267, men anledningen har været der i relation til netop "bestemmende indflydelse"-begrebet i IAS 27 (2009), hvor imidlertid Skat og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen alene fandt anledning til at udtale sig om den nærmere forståelse heraf. Se nærmere herom senere.

I forhold til EU IFRS 10-standardens koncernbegreb er konteksten udtrykkeligt principbaseret regnskabsregulering. Selvom standarden indeholder en omfattende vejledning til anvendelsen af koncernbegrebets begreber, ses ingen indikationer om, at hverken koncernbegrebets delelementer eller vejledende elementer skal anses for

⁹⁸ Retskilder & Retsteorier, 3. udgave, side 207 ff.

⁹⁹ Se nærmere sag 283/81, "Cilfit-sagen".

udtømmende beskrevet eller i øvrigt fortolkes indskrænkende, og skønnet er netop overladt et bredt udfaldsrum i forbindelse med bestemmelsens anvendelse.

I EU-retten inkluderer fortolkning med udgangspunkt i bestemmelser formål ikke alene formålet med det enkelte regelsæt, i denne sammenhæng EU IFRS 10, men alle for problemstillingen relevante bestemmelser formål.¹⁰⁰

Hvad kunne da være rækkevidden af de bestemmelser, som kunne anses for relevante i forbindelse med fortolkningen af EU IFRS 10-koncernbegrebet?

Indledningsvis bemærkes, at EU-retten i sit udgangspunkt anvender objektiv fortolkning. I fortolkningsmæssig henseende må således forordning og den heri integrerede standard lægges til grund. Som det allerede er anført ovenfor, består standarden af ”kerne”-bestemmelser og ”noget mere”.

Er det da kun ”kerne”-bestemmelserne (EU IFRS 10.5-9), der kan fortolkes på, eller kan ”noget mere” inddrages? Svaret herpå må antages at være, at hele standarden inklusive anvendelsesvejledning kan gøres til genstand for fortolkning og herunder udvidende fortolkning, idet standarden udtrykkeligt lægger vægt på og beskriver en fremgangsmåde for foretagelsen af de skøn, som den principbaserede udformning forudsætter.

Præambelen til selve forordningsdelen af forskriften må tillige kunne anvendes som fortolkningsbidrag. Heri beskrives formålene, som de allerede er beskrevet i denne afhandling omkring ensartethed og høj kvalitet, jf. også afsnittet om koncernregnskabsreglernes *raison d'être*.

Kan ”alle relevante bestemmelser” da udstrækkes til også at omfatte regnskabsdirektivet (2013) og herunder koncernbegrebet heri, således at også dette regelsæt kan inddrages i forbindelse med fortolkning af EU IFRS 10?

At hjemlen til kravet om koncernregnskaber også i de tilfælde, hvor sådanne skal udarbejdes i henhold til kravene i EU IFRS 10, udspringer af ÅRL's regler, som allerede kort anført, og som det analyseres nærmere i afsnit 6.1.2, gør en sådan overvejelse uomgængelig.

Læg hertil de tidligere citerede forskningsmæssige resultater, hvorefter der synes at eksistere relativt sikre indikationer for, at IASB-standarderne anvendes forskelligt

¹⁰⁰ Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø i Retskilder & Retsteorier, 3. udgave, side 233 ff.

under indtryk blandt andet af forskelle i koncernopfattelsen fra den direktivbaserede nationale koncernregnskabsret.¹⁰¹

At ”alle relevante bestemmelser” af ikke mindst disse grunde kan omfatte koncernbegrebet i regnskabsdirektivet (2013), kan ikke udelukkes.

Imidlertid bør i den sammenhæng fares med lempe; den direktivbaserede koncernregnskabsret kom som anført i afsnit 5.2.1 til kort, når det drejer sig om børsnoterede virksomheder, hvilket var hele anledningen til, at Kommissionen udarbejdede en ny regnskabsstrategi, hvori indgik IASB-standarderne.

Formålet om ensartethed, ikke mindst i forbindelse med fastlæggelsen af den regnskabsmæssige koncern, var af afgørende betydning for de internationale børser, og en fortolkning med udgangspunkt i den direktivbaserede regnskabsrets koncernbestemmelser med de ganske mange valgfrie bestemmelser og deraf følgende mange varianter i national ret kan ikke anses som rettesnor for en EU IFRS 10-konform fortolkning af koncernbegrebet.

Hvilke forskelle i forståelsen af EU IFRS 10-koncernbegrebet må da anses at opstå i forhold til den analyse i afsnit 4.4, som gennemførtes af IFRS 10 ”Classic”?

I forhold til de netop analyserede relevante EU-baserede fortolkningsprincipper ses ordlydsfortolkning, herunder i et dansk perspektiv *acte clair*-doktrinen af have størst betydning for forståelsen af EU IFRS 10-koncernbegrebet.

Hvad i øvrigt følger af fortolkning i forhold til kontekst og formål, vil i alt væsentligt være i overensstemmelse med den erhvervsøkonomisk funderede subsumption, som blev anvendt i afsnit 4.4 i forhold til IFRS 10 ”Classic”-koncernbegrebet.

Den semantiske problemstilling er imidlertid ikke-eksisterende i forhold til IFRS 10 ”Classic”, der aldrig er udarbejdet i en egentlig dansk sprogversion i IASB-regi. Når danske revisorer, jurister og andre fagkyndige især tidligere refererede til ”Classic”-versionerne af IAS 28 (2008) og IFRS 10, skete det ikke sjældent med henvisning til engelsk terminologi eller en semantisk set mere ”loyal” oversættelse af standardernes begreber.

Dette afspejles blandt andet i den righoldige litteratur, som især ”The Big 4” har udgivet, og hvor ”control” ofte beskrives som ”kontrol” etc., ligesom også

¹⁰¹ Erlend Kvaal og Christopher Nobes. *International Differences in IFRS Policy Choice: a Research Note*. (2001)

forskningsbaseret litteratur almindeligvis har benyttet en sprogligt mere ”engelsk-nær” oversættelse end den, som er anvendt i national og EU-retlig regulering.

Billedet synes dog at være mindre entydigt i nyere litteratur, hvor såvel de danske EU-retlige tekstversioner som de mere angelsaksisk prægede begreber anvendes.

5.2.5 EUD's rolle

Antallet af sager fra regnskabsrettens område, som har været forelagt EUD præjudicielt, har tidligere været fåtallige, og Domstolens rolle i forhold til at fortolke IFRS-standardernes koncernbegreber må antages allerede af den grund at blive begrænset.

At Domstolen dog er parat til i sager omhandlende diskriminationsforbuddet i TEUF 49 og regnskabsdirektivernes bestemmelser om koncernregnskaber at behandle grænseoverskridende regnskabsretlige problemstillinger er den såkaldte C-528/12 Mömax-sag et vidnesbyrd om.

I sagen fandt Landgericht Bonn anledning til præjudicielt at forelægge spørgsmålet om fritagelse for fremlæggelse af koncerndøtres årsregnskaber i de situationer, hvor koncernmoderen var hjemmehørende i et andet EU-land. Tyskland havde implementeret det daværende regnskabsdirektivs artikel 57, som gav medlemslandene mulighed for lettelse i forhold til koncerndøtres regnskaber, men altså alene for så vidt koncernmoderen tillige var hjemmehørende i EU.

Domstolen konkluderede, at artikel 57 i det daværende regnskabsdirektiv måtte fortolkes sådan, at den var til hinder for lovgivning i en medlemsstat, som kun undtager dattervirksomheder, som henhører under lovgivningen i denne medlemsstat, fra bestemmelserne i direktivet om indhold, revision og offentliggørelse af årsregnskaber, hvis modervirksomheden også henhørte under lovgivningen i nævnte stat.

Sådanne prøvelser for Domstolen ville imidlertid af mange årsager være interessante: for det første ville præjudikatsværdien af sådanne afgørelser være stor og desuden udgøre et væsentligt bidrag til en ensartet anvendelse af regelsættet ikke blot i EU, men formentlig også ud over EU's område.

Men ikke mindst ville Domstolens prøvelse af, hvordan den regnskabsretlige koncern defineres, være interessant i forhold til den fortolkning, som af økonomerne (revisorerne) inden for IASB-organisationen har lagt til grund.

Det ville i sådanne tilfælde åbenbares, i hvilket omfang koncernen, sådan som den er analyseret i kapitel 4 om de internationale regnskabsstandards og med et

erhvervsøkonomisk udgangspunkt, afviger fra samme koncern men fortolket efter retlige principper, jf. hvad ovenstående er anført herom.

5.3 Findes et koncernbegreb i EU-selskabsretten?

Et kodificeret selskabsretligt koncernbegreb findes ikke i EU-retten.

At problemstillingen i forhold til kodificeret koncernselskabsret alligevel har relevans beror dels på det forhold, at visse aspekter af den EU-retlige koncernselskabsret aktuelt (atter) har Kommissionens bevågenhed, og dels at retsvidenskabsfolk ud over Europa i disse år med stor intensitet bidrager med ny forskning og konkrete forslag til elementer i en fremtidig koncernselskabsretlig regulering (eller alternativt EU-forankret soft-law regulering i form af f.eks. anbefalinger).

Fraværet af en kodificeret selskabsretlig koncerndefinition er imidlertid ikke ensbetydende med, at EU-retten ikke, i hvert fald til brug for visse koncernselskabsretlige problemstillinger, kan indeholde afgrænsninger af den selskabsretlige koncern på andet grundlag, f.eks. den primære unionsret eller som udslag af dommerskabt ret.

Dette afsnit behandler og/eller analyserer først de initiativer, der i EU-retten har været i forhold til i sekundær EU-ret at etablere en koncernselskabsretlig koncerndefinition og inddrager herunder også aktuelle forslag om ved EU-anbefaling at fremme fælles normer for udvalgte koncernselskabsretlige temaer.

Dernæst analyseres, hvorvidt der af primær EU-ret eller i kraft af EUD's praksis kan udledes et eller flere koncernselskabsretlige koncernbegreber.

5.3.1 Den sekundære EU-selskabsret

I et EU-perspektiv udgør koncernstrukturer en væsentlig mulighed for at fremme grænseoverskridende udvikling af eksisterende og nye virksomheder, og allerede af den grund er det naturligt, at spørgsmålet om en fælles og kodificeret EU-selskabsretlig regulering af koncerner har haft Kommissionens bevågenhed siden etableringen af Fællesmarkedet.

I retsvidenskaben synes der at være en overvægt af fremstillinger, der anskuer EU-rettens selskabsretlige koncernregulering som hidtil fejlslagen, hvilket har det for sig, at der siden etableringen af Fællesmarkedet har været fremsat en række initiativer, som er kuldsejlet, og idet alene sporadiske direktivbaserede koncernrelevante bestemmelser har manifesteret sig i national og fælles retlig regulering.

Præmissen om den fejlslagne EU-selskabsretlige koncernregulering kan imidlertid kun anerkendes i det perspektiv, at selskabsretlige koncernproblemstillinger kan antages at have en karakter, der begrundet en særlig kodificeret regulering, som adskiller sig fra den, som allerede i alle medlemslande gælder for kapitalsekskaber, jf. afsnit 3.3 om selskabsretlige koncernbegrebers *raison d'être*.

Se hertil f.eks. Søren Friis Hansen, der efter analyse med fokus især på tysk koncernret konkluderer, at en kodificeret europæisk koncernselskabsretlig regulering med væsentlige træk fra tysk koncernret bør etableres.¹⁰²

Antages sådanne særlige koncernselskabsretlige momenter derimod ikke at foreligge, er koncernrelationen blot at betragte som enhver anden selskabsretlig majoritetsproblemstilling, sådan som de fleste europæiske selskabsretlige reguleringer har lang tradition for at gøre det.

Se modsat hertil Gomard: ”Krüger Andersen giverudtryk for sin beklagelse over, at udkastet til et 9. selskabsretligt direktiv om koncerner ikke har kunnet gennemføres, og at vi derfor må undvære en systematisk koncernret, som den kendes i Tyskland. Spørgsmålet er imidlertid, om en sådan regulering virkelig savnes..... Bestemmelsen i ASL § 80 er nok i al sin ufuldkommenhed at foretrække frem for sådanne kontrakter.”¹⁰³

Se f.eks. Paul Krüger Andersen, der beskriver det oprindelige danske standpunkt til indholdet i ledelsesretten som følger: ”....omfanget af ledelsesretten må udledes negativt, nemlig som en konsekvens af de begrænsninger i aktionærernes bestemmelsesret, som minoritetsreglerne angiver”.¹⁰⁴

En følge af sidstnævnte præmis vil det i givet fald være, at selskabsretlig koncernregulering under henvisning til især proportionalitets- og subsidiaritetsprincipper er nationale anliggender, sådan som det fortsat – og uanset de mange enkeltstående bestemmelser, der via direktiver og andre beslutninger, der finder vej ind i national selskabsretlig lovgivning – er udgangspunktet.

Set i et sådant perspektiv er fraværet af en kodificeret sekundær EU-selskabsretlig koncernregulering løsningen, ikke problemet.

At Kommissionen over tid har været i tvivl om grundlaget for en EU-retlig koncernregulering vidner iværksættelsen af flere undersøgelser om. Senest ses Kommissionens spørgeskemaundersøgelse fra sommeren 2012, jf. senere herom.

¹⁰² Europæisk koncernret – bør koncernretten reformeres og kodificeres?, 1996, side 404 ff.

¹⁰³ Bernhard Gomard i *Federalisme i koncernretten – e pluribus unum*, U.1998B.175.

¹⁰⁴ Studier i dansk koncernret, 1997, side 451 ff.

I afsnit 5.2.1 blev analyseret, hvorledes forskellige reguleringsmæssige traditioner inden for Europa var afgørende for udformningen af EU-koncernregnskabsretlige koncernbegreber. Den angelsaksiske og den kontinentaleuropæiske (fortrinsvis tyske) koncernregnskabstradition var udgangspunkterne, medens et antal mellemformer og varianter heraf sås at bidrage til den EU-koncernregnskabsretlige forståelse af koncernen, som den siden Fællesmarkedets tid har udviklet sig.

Når det gælder de EU-koncernselskabsretlige spørgsmål, kan på samme måde som i koncernregnskabsretten identificeres et angelsaksisk og et tysk udgangspunkt ("deutsches Konzernrecht"), men EU-koncernselskabsretten har som sit grundlag en højere grad af retspluralisme end koncernregnskabsretten.

Således ses der nu også at være en franskinspireret og dommerskabt selskabsretlig koncernanskuelse, den såkaldte "Rozenblum"-doktrin, som har inspireret andre europæiske lande som f.eks. Belgien til at anvende elementer herfra, og også en særlig skandinavisk tilgang til koncernselskabsretlige problemstillinger anerkendes, om end den ikke i samme omfang som de ovenfor nævnte synes beskrevet.

Denne retspluralismes betydning for EU-rettens koncernselskabsretlige koncernbegreber analyseres til indledning i et indledende afsnit om EU-koncernselskabsrettens historik og baggrund.

5.3.1.1 *Historik og baggrund*

Forestillingen om en EU-selskabsretlig regulering af koncernen rækker helt tilbage til arbejdet med regnskabsdirektivet og koncernregnskabsdirektivet og sås som tidligere angivet oprindeligt som tæt forbundet hermed.

Arbejdet med udarbejdelsen af udkast til koncerndirektivet (udkast til 9. selskabsdirektiv) blev påbegyndt i 1974, hvor en Del I med forslag til ændringer i eksisterende eller foreslåede og kommende direktiver i konsekvens af det ventede koncerndirektiv samt et afsnit med definitioner til brug for koncerndirektivet blev fremlagt.¹⁰⁵ I 1975 blev udarbejdet en Del II med direktivets materielle regler.¹⁰⁶

Del I- og Del II-udkastene blev aldrig officielt fremlagt, hvilket dog ikke forhindrede en massiv kritik fra medlemslandenes side. Udkastene havde tydeligt afsæt i tysk koncernret, og introducerede begreber som "dominans", "einheitliche Leitung", "de facto koncern" og "Beherrschungsvertrag" – begreber, der i deres substans var fremmede for de fleste medlemslande.

¹⁰⁵ Dokument XI/328/74.

¹⁰⁶ Dokument XI/593/75.

Under indtryk heraf blev udarbejdet et nyt udkast til koncerndirektiv, der blev færdiggjort i 1980. (Udvalgte bestemmelser fra denne 1980-udgave af det ikke offentliggjorte udkast gengives i bilaget til straks nedenfor nævnte kilde).

Udkastet blev af Klaus Böhlhoff og Julius Budde i en analyse heraf omtalt som følger:¹⁰⁷

”The draft proposal is inspired by the German concern law, with its stress upon the concept of ”domination”..... ”The draft proposal has generally adopted this concept of domination on either a factual or a contractual basis, but it imposes requirements on the related enterprises which, in essential parts, extend far beyond the German concern law.”

Endnu et udkast blev udarbejdet i 1984/1985.¹⁰⁸ Imidlertid kunne der end ikke inden for Kommissionens egne rækker skabes konsensus herom, og udkastet blev opgivet uden, at der på noget tidspunkt blev fremlagt en officiel udgave af noget udkast.

Efter Kommissionens oprindelige tidsplan, skulle udkastet have været fremlagt som forslag allerede i 1985, og senere blev fastsat en frist for fremlæggelse for Rådet i 1988 og med forventet vedtagelse i 1990.¹⁰⁹

Da vedtagelse af koncerndirektivet på nuværende tidspunkt må anses for endegyldigt opgivet og dermed uden aktualitet for nærværende afhandling, indeholder afhandlingen på dette sted ikke et egentlig retsdogmatisk analyse heraf. Om 1984-udkastet skal kort opsummeres som følger:¹¹⁰

Også 1984-udkastet var udformet efter tysk forbillede, og i udkastet var skitseret selskabsretlig regulering af både aftalekoncerner og faktiske koncern.

Bemærkelsesværdigt er det, at en definition af selve koncernen ikke indgik (men i stedet af koncerndatteren), selvom en sådan var forudset i forbindelse med forarbejderne til koncernregnskabsdirektivet. Nogen offentliggjort begrundelse herfor ses ikke; antages må det imidlertid, at problemstillingen har været den

¹⁰⁷ Company Groups – the EEC Proposal for a Ninth Directive in the Light of the Legal Situation in the Federal Republic of Germany, *Journal of Comparative Business and Capital Market Law* 6, 1984, side 163-197.

¹⁰⁸ En dansk version, ”Forslag til niende direktiv om forbundne selskaber, herunder navnlig koncerner, i henhold til EØF-traktatens artikel 54, stk. 3, litra g.” er gengivet hos Per Schaumburg-Müller og Erik Werlauff i *EU selskabs-, børs- og kapitalmarkedsregler*, 2003, side 194 ff., og en tysk version ses gengivet + hos Marcus Lutter i *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/Sonderheft*, 1991, side 279 - 298.

¹⁰⁹ Tredje rapport fra Kommissionen til Rådet og Europaparlamentet om gennemførelse af Kommissionens Hvidbog om virkeliggørelse af Det Indre Marked, COM (88) 134 endelig udgave, bilag 3, punkt VI.

¹¹⁰ En nærmere omtale af udkastet til koncerndirektivet ses f.eks. hos Paul Krüger Andersen, *Studier i Dansk Koncernret*, 1996, side 174 ff.

samme som allerede angivet i afsnit 5.2.1.1 i forbindelse med koncernregnskabsdirektivet: den selskabsretlige koncern har af en række medlemslande ikke kunnet legitimeres – og især ikke i form af den tyske tilgang til forståelsen af den selskabsretlige koncern, jf. straks nedenfor.

Aftalekoncerner kunne i udkastet etableres ved indgåelse af koncernaftale eller ved afgivelse af ensidig erklæring om koncernrelationens etablering, sidstnævnte når den herskende part ejede mere end 90 % af selskabskapitalen.

Etableringen af aftalekoncernen indebar den væsentlige retsvirkning, at koncernmoderen fik en beføjelse til at lede koncerndatter og at disponere over dennes aktiver inden for en i øvrigt fuldt integreret enhed.

”Afbalanceringen” af en sådan retstilstand var i ”Schutzzweck”-øjemed garantier til koncerndatterens kreditorer, dels garantier for koncerndatterens forpligtelser, publicitet i forhold til koncernaftalens indgåelse, regler til sikring af koncerndatterens kapital og eventuelt subsidiær hæftelse for koncerndatterens forpligtelse.

”Schutzzweck”-forholdsregler i forhold til koncernfremmede aktionærer var regler om indløsningsret, garantier for udbetaling af udbytte i forhold til et rimeligt afkast samt forholdsregler i forhold til sagkyndiges vurdering af koncernrelationens vilkår – om nødvendigt også med adgang til domstolskontrol.

I forhold til faktiske koncerner var ”Schutzzweck”-relaterede retsvirkninger blandt andet offentlighed blandt i form af en særlig beretning, der skulle fremlægges i forbindelse med årsregnskabet, muligheden for granskning, muligheden for afsættelse af ledelsesmedlemmer og indløsningspligt.

Uanset de store anstrengelser, som fra Kommissionens side blev udfoldet i bestræbelserne på at udforme et direktivudkast, som kunne fremlægges for fællesskabets institutioner, forblev den tyske selskabsretlige koncerntænkning uønsket i en lang række medlemslande.

Marcus Lutter beskrev situationen som følger:¹¹¹ ”....Aber gerade diese systematische und gesetzesbedingte Nähe zum deutschen Recht steht seiner Akzeptanz auch psychologisch nachdrücklich entgegen; denn da Länder wie Frankreich, Grossbritannien, Italien und Spanien eine gesetzliche Regelung konzernrechtlicher Fragen nicht einmal in Ansätzen kennen, würde die Verabschiedung des Entwurfs als Richtlinie praktisch zum Import deutschen Rechts in diese Länder führen. Und das hinzunehmen ist heute schwer,

¹¹¹ Europäisches Unternehmensrecht, 1991, side 59 ff.

jedenfalls wenn Basis dieses Imports nicht (allein) die eigene freie Entscheidung ist, sondern der "Zwang" der Richtlinie".

Fra en anden ligeledes meget respekteret tysk retsvidenskabsmand, Peter Hommelhoff, udtrykkes samme forståelse omkring spændingerne mellem tysk og anden europæisk koncernselskabsretlig forståelse som følger:

"Einer der wichtigsten Gründe, warum es bisher noch nicht zu einem EG-weit harmonisierten Konzernrecht gekommen ist, liegt wohl im Psychologischen: Mit ihren Vorschlägen für eine Konzernrechts-Richtlinie hat sich die EG-Kommission stets mehr oder minder weit am deutschen Vorbild orientiert: Die anderen Mitgliedstaaten sollten kurzer Hand ein ihnen und ihrer Tradition ganz fremdes Teilrechtssystem übernehmen".

Opfordringen til det øvrige Europa lød herefter som følger: "Und das heisst im Klartext: Die Rechtswissenschaft in den zwölf Mitgliedstaaten der Gemeinschaft sollte sich selbst die Aufgabe stellen im Gespräch der europäischen Gesellschaftsrechtler untereinander, mit erfahrenen Unternehmenspraktikern und ihren Ratgebern aus allen Mitgliedstaaten, mit Richtern und nationalen Ministerialbeamten und einigen Repräsentanten der Betriebswirtschaftslehre Grundlagen und Konzepte für ein europäisches Konzernrecht zu schaffen".¹¹²

Endelig Teichmann i en relativt ny retrospektiv analyse af koncerndirektivets skæbne: "Weitere Anstrengungen wurden nicht unternommen, der Vorschlag "seems to have sunk without trace". Selbst dezidierte Befürworter einer europäischen Konzernrechtsharmonisierung, wie etwa der Däne Erik Werlauff, der sich jüngst für einen konzernrechtlichen Vorstoss ausgesprochen hat ("The time has come to adopt a directive on substantial group law as an option for the parent company"), kommen nicht umhin, im gleichen Atemzug ihre Distanz zur neunten Richtlinie zu bekunden "...the stranded Draft 9th Company Directive on group law would seem to be exaggerated".¹¹³

¹¹² Konzernrecht für den Europäischen Binnenmarkt, ZGR 2/1992, side 138 – 139.

¹¹³ Christoph Teichmann i Neue Perspektiven für das europäische Konzernrecht, Rechtsproblem im Konzern – Drittes Jahrbuch des Krakauer Forums der Rechtswissenschaften side 132 ff.

Det bemærkes således, at tyske retsvidenskabsfolk ser det som en væsentlig opgave for netop retsvidenskaben at tilvejebringe et grundlag for en sådan fælles selskabsretlig kodificeret koncernregulering.¹¹⁴

Denne afhandling indeholder ikke nogen evaluering eller retspolitisk stillingtagen til arbejdet med udkastet til koncerndirektivet. Der ses imidlertid anledning til at fremhæve i hvert fald to værdifulde resultater, som i hovedsagen må tilskrives bestræbelserne på at udarbejde et sådant koncernselskabsdirektiv:

For det første er bevidstheden om selskabskoncernretlige problemstillinger blevet skærpet blandt lovgivere og retsvidenskabsfolk i Europa. Tysk jurisprudence er udfoldet inden for et væsentligt retligt område, og uanset indstillingen til tysk Konzernrecht i øvrigt må koncernselskabsretten anses for beskrevet og drøftet på et mere kvalificeret niveau både blandt beslutningstagere og retsvidenskabsfolk. Christoph Teichmann beskriver dette synspunkt som følger:

”Auch wenn der damalige Vorentwurf nicht Gesetz wurde, ist er noch heute eine Fundgrube für das Verständnis und die Problematik des Konzernrechts in Europa”.¹¹⁵

For det andet har koncerndirektivets forlis givet anledning til, at væsentlige koncernselskabsretlige problemstillinger er erkendt af Kommissionen, og at en række emner i tilknytninger hertil på anden vis er reguleret.

Væsentlige eksempler herpå bestemmelser i bestemmelser i transparensdirektivet 2004/109/EU vedrørende storaktionærregler og transaktioner i tilknytninger hertil, aktionærbeskyttelse i forbindelse med tilbudspligt i direktiv 2004/25/EU og regnskabsrettens indførelse af regler om transaktionstransparens i koncerner.

Spørgsmålet er herefter, om behovet for et koncerndirektiv nu er udtømt, eller om koncernselskabsretlig regulering, herunder en fælles forståelse af den selskabsretlige koncern, fortsat er påkrævet. Samme Christoph Teichmann konkluderer herom:

¹¹⁴ I modsætning hertil Erik Werlauff i Juristen nr. 3, 1994, side 100, i Fra entity law til enterprise law: ”For det andet vil jeg gerne tilføje, at jeg ville ønske, at jeg fuldt ud kunne tilslutet mig professor Hommelhoffs konklusion om, at når lovgivningsmagten (herunder EF-organerne) ikke har været i stand til at skabe en sammenhængende koncernjura, så må retslitteraturen påtage sig at skabe den. Her ser jeg et problem, idet vi simpelthen støder på legalitetsprincippet. Hvis det nemlig i en stats lovgivning eller domstolspraksis er fastslået, at aktionærerne udøver deres ret til at træffe beslutninger i selskabet via dets generalforsamling, så kan selv den mest velvillige doktrin ikke gå på tværs heraf og fastslå, at et moderselskab skal have denne ret til at gribe direkte ind i ledelsen af datterselskabet”.

¹¹⁵ Rechtsprobleme im Konzern – Drittes Jahrbuch des Krakauer Forums der Rechtswissenschaften, 2012, side 130.

”Und in der Tat: Das Konzept der neunten Richtlinie har sich überlebt. Das liegt weniger daran, dass ihr Regelungsanliegen überholt wäre, als daran, dass es in weiten Teilen längst realisiert wurde. Der Schwerpunkt des Harmonisierungstätigkeit hat sich in den vergangenen Jahren deutlich auf die kapitalmarktorientierten Gesellschaften verlagert.”¹¹⁶

I samme retning Friis Hansen: ”The introduction of detailed legislation on groups within several areas of law, especially within tax law and the regulation of the financial sector, has meant that the company law of groups is now to a large extent indirectly regulated by this legislation. Thus, it could be argued that the regulation of corporate groups today has been ”taken over” from company law by other areas of law. It is no longer a question whether we want legislation on groups or not. Group law legislation is already out there, and in many cases transactions within a group have to take place at arm’s length, due to e.g. tax law requirements”.¹¹⁷

Teichmanns bemærkninger som angivet ovenfor kan tiltrædes, for så vidt angår væsentlige dele af ”Schutzzweck”-reguleringen for selskabsretlige koncerner, men ikke for så vidt angår de ”enabling-law”- og organisationsretlige formål, som er anført i afsnit 3.3.3.

I 2002 lod Kommissionen udarbejde den såkaldte Winter-rapport, jf. nærmere nedenfor.¹¹⁸ Rapportens anbefalinger gav dog ikke anledning til væsentlige nye initiativer fra Kommissionens side.

Hvad var det da for en tysk Konzernrecht, som ikke kunne anerkendes bredt blandt medlemslandene?

5.3.1.2 *Det tyske selskabsretlige koncernbegreb*

At tale om tysk koncernselskabsret indebærer en reference til den tyske lovgivers pionerstatus i forbindelse med vedtagelse af Aktiengesetz af 1965, snarere end det i samtiden kan anses for en geografisk afgrænsning af dette retlige regimes anvendelseområde.

I samtiden anvendes i en lang række lande (herunder f.eks. Portugal (1986), Ungarn (2012), Tjekkiet (2012), Slovenien (1993), Kroatien (1993), Albanien (2008),

¹¹⁶ Rechtsprobleme im Konzern – Drittes Jahrbuch des Krakauer Forums der Rechtswissenschaften, 2012, side 133.

¹¹⁷ Søren Friis Hansen, The ”Takeover” of Corporate Group Law – examples from a Scandinavian Perspective i The Internationalisation of Companies and Corporate Laws, Mette Neville (eds.)

¹¹⁸ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 2002. Gruppen blev ledet af Jaap Winter, og fra dansk side deltog blandt andet Jan Schans Christensen.

Brasilien (1976)) selskabsretlig koncernregulering med væsentlig inspiration fra netop tysk Konzernrecht.

I sin oprindelse er tysk Konzernrecht grundlæggende udformet ud fra klassiske ”Schutzzweck”-hensyn, jf. også afsnit 3.3.2, i forhold til koncerndatterens minoritetsejere og kreditorer, medens koncernens organisatoriske forhold kun i mindre grad var i fokus.

Først i forbindelse med Holzmillersagen i 1982, hvor Bundesgerichtshof besluttede, at aktionærer i koncernmoder skulle samtykke til overførsel af væsentlige aktiviteter til en koncerndatter,¹¹⁹ og Gelatine-sagen fra 2004, hvor samme princip blev modereret,^{120 121} erkendtes koncernrelaterede ”Schutzzweck”-problemstillinger også i forhold til koncernmoderens minoritetsejere, hvorfor der i tillæg til den kodificerede tyske koncernret må anses at eksistere et dommerskabt ret.

Kun tyske aktieselskaber er omfattet af reglerne om ”deutscher Konzernrecht”, men GmbH-koncerner anerkendes og reguleres ved almindelig selskabsret og dommerskabt ret.

Afbalanceringen mellem fordelene ved koncernrelationen på den ene side og ”prisen” for denne koncernfordel på den anden side samt hensynet til transparens omkring koncernrelationen var væsentlige bevæggrunde bag den tyske koncernret.

Med Aktiengesetz 1965 blev som anført ovenfor introduceret et koncernbegreb, som i høj grad kom til at præge EU-rettens koncernregulering efterfølgende, herunder ikke mindst i forbindelse med de tidlige udkast til koncernregnskabsregler, men også helt frem til nutiden.

I denne sammenhæng gav koncernbegrebet anledning til stor uenighed. På dette sted i afhandlingen kan f.eks. refereres til, hvad i afsnit 5.2.1.1 er anført om fraværet af en koncerndefinition i koncernregnskabsdirektivet, og uenigheden om koncernbegrebet i udkastet til koncerndirektivet beroede jf. ovenstående tillige i væsentligt omfang på netop uenighed om koncerndefinitionen.

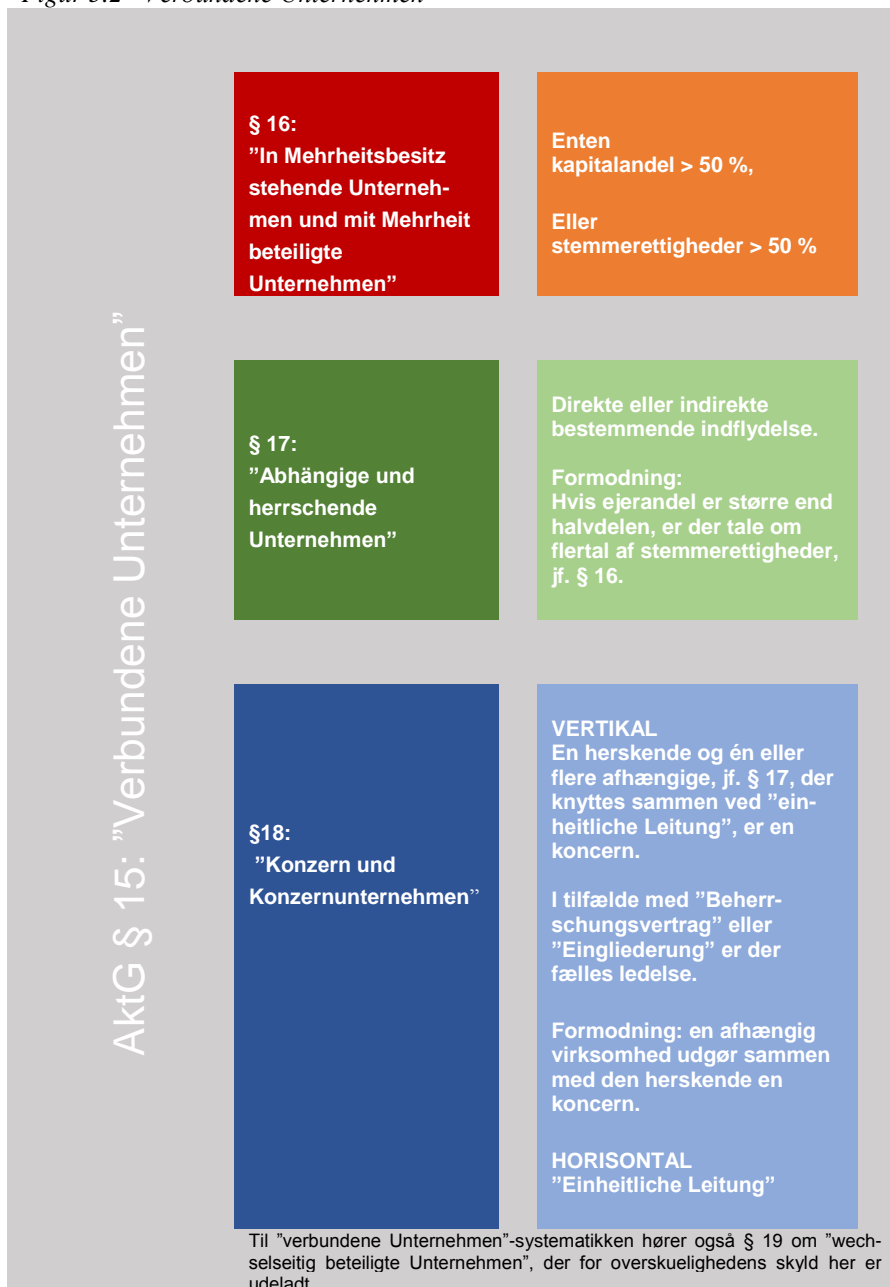
¹¹⁹ BGHZ 83,122. Se også Andreas Cahn og David C. Donalds analyse af sagen i Comparative Company Law – Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA, 2011, side 695 ff.

¹²⁰ BGH, dom af 26. april 2004, Az. II ZR 155/02

¹²¹ Se også Andreas Cahn og David C. Donalds analyse af sagen i Comparative Company Law – Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA, 2011, side 710 ff.

Dengang som nu var koncernbegrebet i AktG § 18 en del af en helhed, hvori relationer mellem virksomheder blev kvalificerede efter et deduktions-princip:

Figur 5.2 "Verbundene Unternehmen"



Som det fremgår af ovenstående ”Zweckbegriffe” (formålsbestemte legaldefinitioner, jf. afsnit 2.3) udgøres den laveste grad af ”forbundenhed” af majoritetsbesiddelse af kapital eller stemmerettigheder, jf. AktG § 16.

En mere intensiv ”forbundenhed” følger af eksistensen af et afhængighedsforhold, jf. AktG § 17. Fastlæggelsen af begrebet ”afhængighed” er centralt i forhold til den egentlig koncerndefinition i AktG § 18.

Bestemmelsen har ligeledes en selvstændig betydning, fordi en række retsvirkninger følger allerede af denne ”afhængighed”, herunder ikke mindst tysk koncernrets regler om pligten til at yde kompensation for skadevirkninger i tilknytning til koncernrelationen.

”Afhængighed” i AktG § 17-forstand beror på muligheden, ikke den faktiske udøvelse, af bestemmende indflydelse, og afhængighedsbegrebet fortolkes dermed på objektivi grundlag.

Af AktG § 18 kan udledes den egentlige koncern, medens den højeste grad af ”forbundenhed” ses ved den såkaldte ”Eingliederung”, jf. AktG § 19.

AktG § 19 omhandler den såkaldte ”Eingliederung”, som på dansk – bortset netop i koncernforhold – ikke har en selvstændig selskabsretlig regulering. Fænomenet kendes i dansk ret i forbindelse med krydsejerskab eller mere almindeligt som cross-holding.

Rationalet i denne opdeling af ”verbundene Unternehmen” bygger på en indbyrdes sammenhæng i en række præsumptioner:

For det første formodes, at majoritetsbesiddelse af kapital eller stemmerettigheder fører til afhængighed, jf. AktG § 17, stk. 2. Formodningen i dette led er gendrivelig.

For det næste formodes, at afhængighed indebærer fælles ledelse, jf. AktG § 18, stk. 1. Er der imidlertid indgået en ”Unternehmensvertrag” (koncernkontrakt), eller indgår virksomhederne i ”Eingliederung”, ligger det uigendriveligt fast, at der er tale om koncernrelation.

Fra denne systematik genkendes en række af de begreber, som ovenfor i analysen af EU-koncernregnskabsrettens koncernbegreber blev inddraget, ligesom de i ovenfor nævnte forhold i tilknytning til udkastet til koncerndirektivet ses at være gennemgående.

I dette perspektiv analyseres på dette sted i afhandlingen det nærmere indhold af udvalgte begreber fra den tyske AktG §§ 17 og 18.¹²²

5.3.1.2.1 AktG § 17

Bestemmelsen har i tysk selskabsret en række selvstændige retsvirkninger knyttet til sig, men netop bestemmelsens fastlæggelse af ”afhængighed”¹²³ og ”bestemmende indflydelse” er afgørende også for AktG § 18, hvori den tyske selskabsretlige koncerndefinition er angivet. – Med andre ord er det en forudsætning for en tysk selskabsretlig koncern, at § 17-forudsætningen om en ”afhængig virksomhed” og en ”herskende virksomhed” er opfyldt.

Således betragter Emmerich/Habersack § 17 (og ikke § 18) som ”Zentralbegriff”, når det handler om det tyske selskabsretlige koncernbegreb, idet de tillige anfører, at der også uden for koncernselskabsretten oftere refereres til ”Abhängigkeitsbegriff” end til det egentlige koncernbegreb.¹²⁴

I AktG § 17-henseende foreligger den bestemmende indflydelse (”beherrschender Einfluss”), når den herskende virksomhed under hensyntagen til egne interesser opnår mulighed for at udøve, men ikke nødvendigvis udøver, (”die blosse Möglichkeit zur Herrschaft”) forvaltningsmæssige beføjelser i et omfang, der muliggør udpegning af en ledende personkreds (”Herrschaft über die Personalpolitik”), som på eet eller flere væsentlige forretningsmæssige områder kan træffe beslutninger.¹²⁵ I denne sammenhæng ses beslutninger vedrørende finansieringsmæssige spørgsmål, indkøb, salg eller organisation for afgørende.

Der kan på denne baggrund konstateres en udvikling i tysk koncernselskabsret, der indebærer en tilnærmelse til IASB-standardernes fokusering på ”deltagerrettigheder” vedrørende ”økonomiske og finansieringsmæssige politikker”, jf. også afsnit 4.3.5.3).

Tidligere antoges beslutningskompetencen at skulle inddrage samtlige aktivitetsområder, medens retstilstanden nu antages at være som just beskrevet.

Emmerich/Habersack beskriver i 2010 området for den bestemmende indflydelse som følger: ”...Denn ein Konzern wird heute meistens bereits angenommen, wenn das herrschende Unternehmen (nur) in einem der zentralen

¹²² Der henvises også til afsnit 2.5, hvor begreberne ”afhængig” og ”herskende” omtales i forbindelse med sondringen mellem økonomiske og juridiske koncernbegreber.

¹²³ Se også Schwörer-betænkningen, ”Working Documents 1978 – 1979”, Document 103/78, side 18, hvor ”dependent undertaking” placeres som et centralt element i ”bestemmende indflydelse”-begrebsfastlæggelsen.

¹²⁴ Aktien- und GmHB-Konzernrecht – Kommentar, 6. Auflage, 2010, side 44.

¹²⁵ Se også Gerd Krieger i Vorwirkende Abhängigkeit? i Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag a 28. April 1993, side 504: ”Beherrschender Einfluss liegt vor, wenn das herrschende Unternehmen in der Lage ist, seinen Willen beim abhängigen Unternehmen durchzusetzen”.

Unternehmensbereiche wie insbesondere Finanzierung, Einkauf, Verkauf oder Organisation die Entscheidungen durch einheitliche Planung für die verbundenen Unternehmen an sich zieht”¹²⁶

Se i modsætning hertil Søren Friis Hansen, der i 1996 og med støtte i tyske forarbejder og tysk retsvidenskabelig litteratur antog, at den bestemmende indflydelse skulle være af generel karakter, således at den giver mulighed for at øve indflydelse på alle dattervirksomhedens forhold.¹²⁷

Som ovenfor anført foreligger der en gendrivelig formodning om, at en sådan afhængighed består i tilfælde af AktG § 16 ”Mehrheitsbeteiligung” (besiddelse af flertallet af stemmerettigheder eller kapitalandele), ligesom eksistensen af en sådan afhængighed indebærer en gendrivelig formodning for koncernrelation.

Afhængighed foreligger i § 17-forstand imidlertid først fra det tidspunkt, hvor den erkendes af den potentielt afhængige, thi for først på dette tidspunkt får afhængigheden effekt for beslutning og adfærd hos denne.¹²⁸

Efter AktG § 17 antages der ikke at være forudsat nogen minimumsgrænse for afhængighedens varighed, idet det dog lægges til grund, at der ikke kan være tale om en kort og ad hoc-mæssig afhængighed. Afhængigheden ophører straks, når det konstaterbare grundlag, f.eks. stemmeflertal, bortfalder.

Afhængigheden kan i første række bero på beslutningskompetence, men også afhængighed i forhold til forretningsmæssige aftaler, herunder aftaler om finansiering, kan medføre afhængighed i AktG § 17-forstand, ligesom kombinationer heraf kan indikere afhængighed. Afhængighed kan i konsekvens heraf foreligge både i form af de jure-funderet afhængighed og i form af de facto afhængighed.¹²⁹

De facto-afhængighed kan f.eks. foreligge i form af såkaldte ”just-in-time”-leverandøraftaler, kreditaftaler, hvortil er knyttet forvaltningsmæssige rettigheder, eller franchise-forbindelser (sidstnævte i modsætning til IFRS 10-standard, der udeholder sådanne fra koncernindikation).

Det anerkendes i tysk selskabsret, at sådanne kontraktsforhold i stigende omfang forekommer og dermed potentielt gradvist vil flytte fokus fra de jure-baserede koncernindikationer til de facto-relationer. Imidlertid forfægtes også inden for i

¹²⁶ Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar, 6. Auflage, 2010, side 46-47.

¹²⁷ Europæisk koncernret – bør koncernretten reformeres og kodificeres? 1996, side 11.

¹²⁸ Se nærmere Emmerich/Habersack i Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar, 6. Auflage, 2010, side 45 ff.

¹²⁹ For yderligere om AktG § 17, se Emmerich/Habersack i Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar, 6. Auflage, side 43 ff.

hvert fald retsvidenskaben den antagelse, at afhængighed efter AktG § 17 fordrer en selskabsretligt funderet mulighed for indflydelse.

”Die überwiegende Meinung hält gleichwohl (mit guten Gründen) daran fest, dass im Rahmen des § 17 die Einflussmöglichkeit eines Unternehmens auf eine andere Gesellschaft gesellschaftsrechtlich vermittelt sein muss, um ein Abhängigkeitsverhältnis iSd. Gesetzes zu begründen”.¹³⁰

Hvilke selskabsretligt funderede koncernindikationer foreligger da i forhold til etableringen af den således fornødne afhængighed?

Udgangspunkt er formodningen i AktG § 16 om afhængighed baseret på den mulige koncernmoders flertal af stemmerettigheder. Der stilles ikke krav om et formaliseret grundlag for denne stemme flerhed – blot forudsættes en vis bestandighed i dette ejerskab til stemmerettigheder.¹³¹ F.eks. kan en interesseidentitet bestå inden for en virksomhedsgruppe, der ejes af deltagere inden for samme familie, og som retrospektivt har forvaltet stemmeretten sammen.

Når der derimod er tale om ejerskab til mindre end flertallet af stemmerettigheder, ses også i tysk koncernselskabsret indikation for afhængighed ved de facto-flertal på generalforsamlingen og under inddragelse af samme momenter, som i andre sammenhænge allerede er beskrevet.

Som en særlig tysk specialitet antages dernæst at foreligge afhængighed, når der er etableret ”Beherrschungsvertrag” eller ”Gewinnabführungsvertrag”, men også ”Eingliederung” efter AktG § 19 anses at medføre afhængighed.

Som det fremgår af ovenstående, lægges ved vurdering af afhængigheden stor vægt på muligheden for at beherske virksomhedens øverste ledelsesorgan ”massgeblicher Einfluss auf die Personalpolitik”.^{132 133}

¹³⁰ Se nærmere Emmerich/Habersack i Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar, 6. Auflage, 2010, side 49.

¹³¹ Se også Gerd Krieger i Vorwirkende Abhängigkeit? i Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag a 28. April 1993, side 505: ”§ 17, Abs. 2 AktG knüpft die Abhängigkeitsvermutung an das Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung i.S.v. § 16 AktG. Voraussetzung ist dafür, dass dem beteiligten Unternehmen die Mehrheit der Anteile gehört oder die Mehrheit der Stimmrechte zusteht. Dazu ist allgemeinn anerkannt, dass für die Berechnung nur solche Aktien zählen, an denen das beteiligte Unternehmen (dinglicher) Rechtsinhaber ist. Ein schuldrechtlicher Übereignungsanspruch genügt nicht”.

¹³² Se nærmere Emmerich/Habersack i Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar, 6. Auflage, 2010, side 45.

¹³³ Se også afsmitningen heraf til forståelsen gennem tiden af danske koncernbegreber, f.eks. Erik Werlauff, der i Koncernretten, 1. udgave, 1996, side 18 ff, opsummerer koncernbegrebets kerne som ”organbeherskelse”.

Formodningen for koncernrelation i AktG § 17, stk. 2, når der foreligger afhængighed efter AktG § 17, stk. 1, er gendrivelig, jf. hvad allerede i denne afhandling er analyseret i andre sammenhænge. I denne sammenhæng erindres om, hvad allerede er anført om-koncernindikationens element ”*einheitliche Leitung*”.

Bevisbyrden i forbindelse med en sådan gendrivelse af koncernformodning påhviler den angivelige koncernmoder. I tysk ret er det – i modsætning til, hvad antages at gælde inden for andre koncernretlige regimer – muligt ”præventivt” at indgå en såkaldt ”*Entherrschungsvertrag*”, hvori koncernmoderen på forhånd og på eget initiativ erklærer at ville afstå fra udøvelse af den bestemmende indflydelse.

5.3.1.2.2 AktG § 18

Som allerede anført ovenfor, er den væsentligste bestemmelse i forhold til koncernrelation i tysk ret ret beset ikke AktG § 18, hvor koncerndefinitionen findes. AktG § 17 er i praksis den centrale bestemmelse, idet den definerer den ”potentielle koncern”, og idet de fleste koncernselskabsretlige retsvirkninger allerede indtræder i forbindelse med eksistensen af den i AktG § 17 definerede afhængighed.

AktG § 18 anses således selvstændigt i praksis og i hovedsagen kun at begrunde retsvirkninger i forhold til medarbejdernes medbestemmelse i koncerner og i et vist omfang konkurrenceretlige problemstillinger, idet HGB § 290 nu i modsætning til tidligere indeholder det for koncernregnskaber relevante koncernbegreb.

Hvori manifesterer sig da den fælles ledelse (”*einheitliche Leitung*”)?

Afhængighed i en form, der opstår som følge af muligheden for at besætte flertallet af pladser i koncerndatterens ledelsesorgan(er) jf. AktG § 17 er udgangspunktet. Når dertil lægges, at netop denne mulighed har til formål varigt at koordinere koncernvirksomhedernes politikker, opstår den fælles ledelse, ”*einheitliche Leitung*”.

Hvilke indikationer kan da ses for denne fælles ledelse?

Sammenfald inden for eller tætte relationer mellem koncernmoder og koncerndatters ejer- eller ledelsesmæssige personkreds er en stærk indikation for eksistensen af en sådan fælles ledelse. Det er tillige også centrale cash-management arrangementer, krav om indhentning af godkendelse til visse dispositioner hos koncernmoderen, udarbejdelse af koncernregnskaber (men kun indikation – der antages i tysk ret ikke et fuldstændigt sammenfald mellem den regnskabsmæssige henholdsvis selskabsretlige koncern), oprettelsen af fælles samarbejdsudvalg og medarbejdernes koncernrepræsentation samt en fælles udadvendt profil.

Bestemmelsen regulerer både i AktG § 18, stk. 1, den vertikale koncern (moder-/datter-koncernen – ”Unterordnungskonzern”) og i AktG § 18, stk. 2, den horisontale koncern (”Gleichordnungskonzern”).

Den tyske koncernret er ofte beskrevet som kompliceret og ineffektiv:

Se f.eks. Peter Hommelhoff, der har kritiseret den for at være kompliceret, omkostningskrævende og ineffektiv.¹³⁴

Reflection Group konstaterer lakonisk herom: ”However, such a regulatory model is criticized not only in Central and Eastern Europe countries which followed the German example, but also in Germany itself”.¹³⁵

Den tyske lovgiver har da også afstået fra (i hvert fald indtil nu) at udbrede den tyske Konzernrecht også til tyske GmbH-selskaber, som for så vidt angår kontraktkoncerner reguleres efter en analogi til den tyske Aktienkonzernrecht, men hvor de facto GmbH-koncerner reguleres blandt andet efter princippet om ”Treuepflicht”.

I tysk GmbH-koncernret ses nu tillige tiltag i retning af at inddrage ”piercing the corporate veil”-argumentation efter angelsaksisk forbillede, idet en koncernmoders permanente og intensive udøvelse af bestemmende indflydelse (”existenzvernichtender Eingriff”) på en koncerndatter kan udgøre en såkaldt kvalificeret de facto afhængighed.¹³⁶

Blandt andet som en konsekvens af opdelingen af koncerner i aftalekoncerner og faktiske koncerner anses den tyske selskabsretlige regulering for i praksis at være ineffektiv, idet der ikke ses et tilstrækkeligt incitament til at indgå i aftalekoncernen.¹³⁷

5.3.1.3 *Angelsaksisk koncernselskabsret*

Som modpol til tysk Konzernrecht sås i almindelighed den angelsaksiske tilgang til koncernselskabsretten eller snarere det, der med urette blev kaldt fraværet af angelsaksisk koncernret.

¹³⁴ Protection of Minority Shareholders, Investors and Creditors in Corporate Groups: the Strengths and Weaknesses of German Corporate Group Law, European Business Organization Law Review 61, 2001, side 68.

¹³⁵ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, side 59-60.

¹³⁶ Se f.eks. BGHZ 149, 10 Bremer Vulkan-sagen, som den er omtalt af Peer Zumbansen i Liability Within Corporate Groups (Bremer Vulkan) – Federal Court of Justice Attempts the Overhaul, German Law Journal 3, nr. 1, 2002.

¹³⁷ Paul Krüger Andersen beskriver i Studier i dansk koncernret, 1997, side 194, situationen sådan, at tyske koncerner har tilskyndelse til at leve ”papirløst”.

I common law lande er der ikke tradition for en kodificeret koncernselskabsretlig regulering. Dette beror i første række på forskellige retlige traditioner, men også som tidligere anført på historisk betingede forskelle i ejerstrukturer, som har mindsket fokus på koncernselskabsretlige problemstillinger.¹³⁸

I lighed med dansk selskabslovgivning findes der ganske vist i den britiske Companies Act 2006 sporadiske selskabsretlige koncernregler, hvoraf flertallet er resultatet af implementering af allerede omtalte EU-retlige regler.

Men grundlæggende skabes britisk koncernselskabsret ikke ved lovgivning, idet dommerskabt ret har udviklet en praksis med baggrund i almindelige selskabsretlige principper. I britisk ret ses den såkaldte "entity doctrine" som grundlaget for behandling af koncernselskabsretlige problemstillinger.

I praksis anerkendes i britisk selskabsret koncerninteressen, idet koncerndatterens ledelse i forhold til kreditorbeskyttelseshensynet kan inddrage koncerninteresse i et omfang, der reelt afgrænses af likvidationsreglen om "fraudulent trading" og insolvensrettens principper om "wrongful trading".

Når det gælder minoritetsbeskyttelse, er i Companies Acts 2006 givet reglen i section 260 vedrørende "derivative action", hvorefter en selskabsdeltager på koncerndatterens vegne kan kræve godtgørelse for de tab, som koncernmoderen har påført selskabet, ligesom samme lov i section 994 har reglen om "unfairly prejudicial" forretningsførelse, som giver adgang til forelæggelse for domstolen af sager om koncernmoders misbrug af den kontrollerende position.

I dommerskabt ret har imidlertid etableret sig en retstilstand, hvor der i koncernforhold i forhold til hæftelsesproblemstillinger kan bortses for den ellers i britisk selskabsret så centrale enhedsbetragtning; dels ses en "agency"-tilgang, hvor koncernmoders hæftelse for koncerndatters forpligtelser begrundes i en antagelse om, at koncerndatteren har handlet som koncernmoderens agent,¹³⁹ dels et argument med udgangspunkt i "the single economic unit"-betragtninger¹⁴⁰ og endelig dels i forbindelse med "lifting the veil"-doktrinen.^{141 142}

¹³⁸ Eddy Wymeersch beskriver i *Do We Need a Law on Groups of Companies?*, fra *Capital Markets and Company Law*, 2002, side 575, hvorledes markante forskelle i stemmekoncentration foreligger i common law lande som Storbritannien og USA i forhold til kontinentaleuropæiske lande.

¹³⁹ Se nærmere herom Gower & Davies i *Principles of Moderne Company Law*, 9. udgave, side 2012, side 220.

¹⁴⁰ Se nærmere herom Gower & Davies i *Principles of Moderne Company Law*, 9. udgave, side 2012, side 218.

¹⁴¹ Se nærmere herom Gower & Davies i *Principles of Moderne Company Law*, 9. udgave, side 2012, side 219.

¹⁴² Se nærmere herom Erik Werlauff i *Selskabsmasken*, 1991

I Companies Act 2006,¹⁴³ findes en regel, som hjemler ”control contract” med lighedspunkter med den tyske ”Beherrschungsvertrag”. Anvendelsen er imidlertid afgrænset ved kravet om, at en sådan kontrakt skal være tilladt under den lovgivning, som virksomheden er underkastet”.

I Companies Act 2006 findes ingen egentlig definition af koncernen, men i stedet to forskellige koncerndatterbegreber: eet i section 1162 til brug for koncernregnskabsreguleringen og som implementeret i henhold til EU-regnskabsdirektiverne, og eet i section 1159 til brug for selskabsretlige koncernproblemstillinger. Sidstnævnte er udformet som følger:

”Meaning of ”subsidiary” etc.

1. A company is a ”subsidiary” of another company, its ”holding company”, if that other company

a. holds a majority of the voting rights in it, or

b. is a member of it and has the right to appoint or remove a majority of its board of directors, or

c. is a member of it and controls alone, pursuant to an agreement with other members, a majority of the voting rights in it,

or if it is a subsidiary of a company that is itself a subsidiary of that other company.....”

Som det ses, indeholder bestemmelsen i overensstemmelse med angelsaksisk tradition en række ”bright-line” de jure-kriterier, og med det absolutte fravær af de facto-kriterier ses en betydelig forskel til ikke mindst IFRS 10-standardens koncernbegreber, men også til koncernregnskabsretlige koncernbegreber i øvrigt.

5.3.1.4 Sekundær koncernselskabsret i EU – ”vejen frem”?

Unionsrettens vanskeligheder i forhold til at etablere en fælles kodificeret koncernselskabsretlig regulering beror ikke alene på forskelligartede positioner blandt medlemslandene i forhold til et ”for eller imod tysk koncernret”.¹⁴⁴

¹⁴³ Companies Act 2006, Schedule 7, s. 4.

¹⁴⁴ Se hertil Pierre-Henri Conac i Directors’ Duties in Groups of Companies, 2013, side 78, hvor han overordnet opriðder nogle af de grundlæggende udfordringer for selskabsretlig harmonisering inden for EU.

Dette har dog hverken forhindret Kommissionen eller en række grupperinger af europæiske retsvidenskabsfolk i at tage nye initiativer i forhold til opnåelse af fælles europæisk regulering af koncernselskabsretlige problemstillinger.

Tillige har en tredje tilgang til løsningen af – i hvert fald nogle – koncernselskabsretlige problemstillinger materialiseret sig over de seneste år: Den såkaldte Rozenblum-doktrin.

I dette afsnit sættes først fokus på netop Rozenblum-doktrinen. Dernæst behandles Kommissionens igangværende initiativer, og endelig analyseres udvalgte af de initiativer, som fra europæiske retsvidenskabsfolk i disse år er aktuelle, og alt med baggrund i forsøget på i forbindelse med de nævnte initiativer at udlede indikatorer i forhold til en eller flere eventuelle fremtidige fælles europæiske koncernbegreber.

5.3.1.4.1 Rozenblum-doktrinen – "the French Approach"

Medens Kommissionen endnu intenst arbejdede med udkastet til koncerndirektivet, blev der ved den franske højesterets afdeling for straffesager i Paris i 1985 afsagt en dom,¹⁴⁵ som nu mere end 30 år senere optager retsvidenskabsfolk og lovgivere over hele Europa: Rozenblum-dommen.

Sagen omhandlede centrale franske selskabsretlige principper om "abus de biens sociaux" (misbrug af et selskabs aktiver til egne personlige eller andre selskabers formål) og "dirigeant de fait" (faktisk ledelse i et andet selskab), idet Monsieur Rozenblum var tiltalt for angiveligt uretmæssigt at skulle have overflyttet aktiver fra eet selskab til et andet. Sagen handlede således grundlæggende om varetagelse af koncerninteresse.

Den franske højesteret grundlagde fundamentet til den såkaldte Rozenblum-doktrin i sin begrundelse for sagen som følger:

"Pour échapper aux prévisions des articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par l'intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, il ne doit ni être démuné de contreparties ou rompre l'équilibre

¹⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 4. februar 1985, JCP 1986, II No. 20585.

entre les engagements respectifs des diverse sociétés concernée, ni excéder les possibilités financières de celles qui en supportent la charge”.¹⁴⁶

Af begrundelsen følger således, at hovedprincipperne i almindelig fransk selskabsret om ”Schutzzweck”-bestemmelserne ”abus de biens sociaux” og ”dirigeant de fait” kan fraviges til fordel for varetagelse af en koncerninteresse, når følgende kumulativt er opfyldt:

1. ”... d'un même groupe...”: anvendelsesområdet er virksomhedsgrupper (men ikke nødvendigvis koncerner, jf. hvad i afsnit 2.2.1 er anført herom), og relationen kan være direkte eller indirekte (jf. hvad f.eks. tidligere er anført om direkte og indirekte ejerskab til ejerandele og stemmerettigheder).
2. ”... dans laquelle ils sont intéressés ...”: Der skal være en kapitalinteresse (ejerandel).
3. ”... doit être dicté par l'intérêt économique, social ou financier commun”: formålet med ”bidraget/fordelen” skal være varetagelse af en koncernfælles interesse, som har økonomisk, selskabsmæssig eller finansiell karakter.
4. ”... apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe...”: den fælles koncerninteresse skal være udmøntet i en politik, der omfatter hele virksomhedsgruppen.
5. ”... il ne doit ni être démunie de contreparties ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées...”: der skal gælde et quid pro quo-princip (og antageligvis et do ut des-princip), og der skal opretholdes en ligevægt mellem de involverede selskabers gensidige involvering.
6. ”... ni excéder les possibilités financières de celles qui en supportent la charge”: ”bidraget/fordelen” må under hensyntagen til kreditorer og koncernfremmede ejere ikke overstige, hvad efter koncerndatterens forhold er forsvarligt.

Ovenstående principper har i en række tilfælde eksplicit fundet hel eller delvis anvendelse i en række europæiske koncernselskabsretlige sammenhænge.

F.eks. ligger Rozenblum-doktrinen til grund for den kodificerede bestemmelse om ”teoria dei vantaggi compensative” i italiensk ret,¹⁴⁷ ligesom der i Holland er

¹⁴⁶ Forfatterens frie oversættelse: ”For at fravige paragrafferne 425 og 437 i loven af 24. juli 1966, bør et økonomisk bidrag, der fremkommer på den faktiske ledelses foranledning eller som følge af et selskabs forpligtelser, og som ydes til et selskab i samme virksomhedsgruppe, hvor de begge direkte eller indirekte er interessenter, dikteres af den fælles økonomiske, selskabsmæssige eller finansielle interesse, der understøtter en fælles politik for virksomhedsgruppen. Den må ikke være uigengældt/ensidig eller bryde balancen mellem de forskellige selskabers respektive engagementer og må ikke overskride de økonomiske muligheder hos dem, der bærer byrden i forbindelse hermed”.

¹⁴⁷ Codice Civile art. 2497.

udviklet den såkaldte ”Nimox-doktrin” med baggrund i en højesteretsafgørelse fra 1991.¹⁴⁸ Endelig ses Rozenblum-doktrinen anvendt i en række sager i fransk, belgisk og luxembourgsk retspraksis.

Tilsvarende kan ses argumentation for, at der også i britisk koncernselskabsret gælder en variant af Rozenblum-doktrinen:

Pierre-Henri Conac: ”From a functional perspective, the French approach is not so very different from the British approach. It is used in many Member States”.¹⁴⁹

Som et kuriosum kan nævnes, at Rozenblum-doktrinen tillige er lagt til grund i en tysk afgørelse, TBB-dommen, vedrørende en ”faktisk GmbH-koncern”-problemstilling.¹⁵⁰

I international retsvidenskab ses en række eksempler på argumentation, hvorefter det antages, at Rozenblum-doktrinen tillige gælder i nordisk selskabsret.

Således f.eks. ”Reflection Group”: ”First, such a doctrine has been adopted in several European countries under different forms, e.g. the French ”Rozenblum” jurisprudence or the Italien ”teoria dei vantaggi compensative (Article 2497 Codice Civil), the Nordic countries. The UK also allows a company to take account of the interests of other group companies in considering what is in the interests of the UK company in certain cases.”¹⁵¹

EMCA ligeledes: ”The third approach is the French one. It derives from the 1985 Rozenblum decision of the French Supreme Court.This flexible approach is recognized in other Member States (Belgium, Luxembourg, Netherlands, the Nordic countries)”.¹⁵²

I modsætning hertil ses f.eks. Liv Stølen:

”På bagrunn av dette kan det vanskelig sies at det i norsk rett fullt ut gjelder en Rozenblum-doktrine. Omfanget af retten til å drive konsernledelse er fortsatt uklart de lege lata”.¹⁵³

¹⁴⁸ HR 9. November 1991, JN 1992, 174.

¹⁴⁹ Boards of Directors in European Companies – Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties, Hanne Birkmose m.fl., side 80.

¹⁵⁰ BGHZ 1993/122, 123

¹⁵¹ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, side 62.

¹⁵² EMCA – introduktion til kapitel 16, side 4.

¹⁵³ Konsernledelse – gjelder en Rozenblum-doktrine i norsk rett?, NTS nr. 4, 2004, side 402 ff.

I dansk retspraksis ses ingen eksplicitte referencer til Rozenblum-doktrinen. Til gengæld konstateres det, at også danske retsvidenskabsfolk har været optaget af potentialet for en videre udvikling heraf til brug også for danske ret.¹⁵⁴

Se f.eks. Erik Werlauff: ”Kimen til eventuelt at få udarbejdet en fælles koncernret ligger måske i en fransk højesteretsdom, Rozenblum-dommen.... Det forventes, at doktrinen vil blive søgt kodificeret på fællesskabsniveau....”.¹⁵⁵

Se også Erik Werlauff og Gitte Søgaard: ”Om Rozenblum-doktrinen anvendelighed på danske koncerner se Sara Munch Andersen i Justitia 2014 nr. 3, side 55 ff., der med rette antager, at doktrinen er anvendelig som målestok for, hvornår et moderselskab må gribe ind i datterselskabets ledelse, men som samtidig – ligeledes med rette – ud fra retssikkerhedsmæssige hensyn finder, at der bør indføres klare regler for ledelsen af datterselskaber”.¹⁵⁶

Samme Henrik Kure: ”Ud fra tilsvarende betragtninger har flere andre forfattere - med henvisning til den såkaldte *Rozenblum*-doktrin - antaget, at et enkelt koncernselskabs interesser kan vige for koncernens interesser, når en række betingelser er opfyldt, herunder at det enkelte selskabs ulemper er et led i koncernpolitikken og ikke er uforholdsmæssige.”¹⁵⁷

Det må herefter lægges til grund, at nordisk – herunder dansk – ret fortsat synes uafklaret i forhold til en anvendelse af Rozenblum-doktrinen.

Af potentielle byggestene til en eventuel fremtidig koncernselskabsretlig koncerndefinition, der har sigte på anerkendelse af koncerninteresse, herunder jf. afsnit 3.3.3 om ”enabling law og organisationsret”, kan således identificeres en række, idet Rozenblum-doktrinen dog må antages at skulle udvikles i langt mere præcise formuleringer i det omfang, hvor der skulle ske en egentlig kodificering heraf.

Måtte målet derimod være udarbejdelse af f.eks. en Rozenblum-standard eller en EU-retlig anbefaling, antages Rozenblum-doktrinen at kunne bidrage med centrale

¹⁵⁴ Fra skatterettens område kan der i U.2013.1985H (G4S-sagen) argumenteres for en implicit anvendelse af princippet. Sagen omhandlede sambeskatning for et dansk holdingselskab i forhold til udligningsbetalinger som følge af ”Beherrschungsvertrag” mellem tyske koncerndøtre. I denne sammenhæng anerkendte Højesteret den tyske ordning med ”Beherrschungsvertrag” og udtalte som følger: ”Bedømmelsen efter danske skatteregler skal ske på grundlag af den retlige kvalifikation efter tysk aktieselskabsret, der således indgår i bedømmelsen som faktum”. ”Koncerninteressen” blev herved anerkendt – men altså med henvisning til tysk selskabsret og ikke Rozenblum-princippet. Sagen er omtalt af Erik Werlauff i TfS 2013, 666. Sagen er også omtalt i afsnit 6.1.3.2.7.

¹⁵⁵ Selskabsret, 9. udgave, side 633.

¹⁵⁶ Koncernretten, 1. udgave, 2015, side 87.

¹⁵⁷ Kaution og sikkerhedsstillelse for koncernselskabers forpligtelser, U.2012B.139.

elementer qua den principbaserede formulering, som blev givet af den franske Højesteret, og jf. de ovenfor skitserede elementer.

Ikke mindst fra tyske retsvidenskabsfolk er en videreudvikling af Rozenblum-doktrinen imidlertid stødt på skepsis. Kritikken er dels motiveret af bestemmelsens principbaserede udformning og dels af doktrinens manglende kompatibilitet med andre (ikke mindst det tyske) nationale retssystemer.

Således f.eks. Christoph Teichmann: "Es gibt aber auch kritische Stimmen die an einer Übertragbarkeit der Formel auf europäische Ebene und – dadurch vermittelt – deren Kompatibilität mit anderen nationalen Rechtssystemen zweifeln. Denn die Rozenblum-Formel enthält eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe und ist systematisch als Rechtfertigungsgrund für einen Straftatbestand konzipiert.Zumindest aus zivilrechtlicher Sicht, bei der es im Falle eines Falles um die Forderung nach dem Ausgleich von Nachteilen ginge, ist die deutsche Lösung für Gerichte besser handhabbar."¹⁵⁸

5.3.1.5 *Kommissionens aktuelle initiativer*

Kommissionen etablerede i december 2010 Reflection Group on the Future of EU Company Law og opfordrede grupper til i 2011 at fremsætte anbefalinger vedrørende EU-initiativer i forhold til anerkendelse af koncerninteressen med henblik på at skabe en større fleksibilitet for koncerner i Europa.

Gruppens overvejelser blev præsenteret i forbindelse med Kommissionens fremlæggelse af rapporten "European Company Law: The way forward" i maj 2011.¹⁵⁹

Blandt konklusionerne fra Gruppens arbejde var blandt andet følgende:

"However, the German system, at least relating to factual groups, seems to be closer than it looks to the UK, Nordic and French approach where flexibility is allowed and liability for managing a subsidiary in the interest of the group occurs in practice mostly when the subsidiary is insolvent or close to it".¹⁶⁰

Kommissionen iværksatte herefter i sommeren 2012 en høring blandt medlemslandene og offentliggjorde resultatet heraf i Feedback Statement – Summary of Responses to the Public Consultation on the Future of European Company Law. – I undersøgelsen blev afgivet 496 svar, heraf 7 danske. Blandt

¹⁵⁸ Rechtsprobleme im Konzern – Drittes Jahrbuch des Krakauer Forums der Rechtswissenschaften, 2012, side 147-148.

¹⁵⁹ White Paper/Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011

¹⁶⁰ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011, side 64.

disse var 30 % afgivet af advokater, medens retsvidenskabsfolk og virksomhedsorganisationer hver tegnede sig for 11 % af svarene.¹⁶¹

Resultatet af undersøgelsen viste på den ene side en bred tilslutning til en anerkendelse af koncerninteressen fra såvel advokater, virksomheder, fagforeninger og retsvidenskabsfolk.¹⁶² – Men på den anden side stødte forslagene på modstand fra især virksomhedsorganisationer og større koncerner, som frygtede, at en udmelding på EU-plan til medlemslandene om anerkendelse af koncerninteresse i form af en anbefaling¹⁶³ i EU-reguleringsmæssig forstand ville bane vejen for et fremtidigt direktiv om samme, og hvis udgangspunkt var – og antageligt fortsat er – at national lovgivning fortsat bør regulere selskabsretlige koncernforhold.

Kommissionen rapporterede om undersøgelsens resultater som følger til de øvrige EU institutioner:¹⁶⁴

”The Commission will, in 2014, come with an initiative to improve both the information available on groups and recognition of the concept of ”group interest”....”The 2012 public consultation has shown that the public is in favour of well-targeted EU initiatives on groups of companies. In particular two items have been previously submitted to the Commission before or during the consultation. Simplified communication of a group’s structure to investors and an EU-wide move towards recognition of the concept of ”group interest” would be welcomed by stakeholders. On the other hand the idea of a comprehensive legal EU framework covering groups of companies was met with caution....We are not convinced that legislation at the Union level is called for; on the contrary, we fear that substantive regulation of groups by EU law will disrupt the national company laws of the Member States that function well and is likely, for that reason, to be resisted by Member States causing a waste of resources and attention”... Instead we recommend a soft law approach.”

Forelagt Parlamentet i sommeren 2012 blev resultatet en resolution som følger:

¹⁶¹ På konferencen 8th European Company and Financial Review Symposium den 27. september 2013 i Milano anfægtede Erik P. M. Vermeulen Kommissionens konklusioner om høringsresultatet og lagde herved vægt på, at virksomheder i EU ifølge hans analyser ønskede nationale regler, der var tilpasset virksomheders behov for at kunne etablere egne koncernpolitikker, og at den store forekomst af jurister blandt respondenterne i undersøgelsen gav et biased billede af behovet for EU-regulering.

¹⁶² Feedback Statement, Summary of responses to the public consultation on the Future of European Company Law, July 2012.

¹⁶³ Den EU-retlige kvalificering af anbefaling gives ved TEUF artikel 288. En ”henstilling” (anbefaling) skal ikke godkendes i Rådet og er ikke bindende for medlemslandene.

¹⁶⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – a Modern Legal Framework for more Engaged Shareholders and Sustainable Companies, COM (2012) 740/2, side 15.

”...no need for fully harmonised European corporate legislation on groups, but rather a need for a set of common rules on, inter alia, the protection of subsidiaries and stakeholders and greater transparency as regards legal and ownership structure”.

I december 2012 offentliggjorde herefter Kommissionen en selskabsretlig handlingsplan.¹⁶⁵ I henhold til planen ville Kommissionen i 2014 fremsætte initiativer i tilknytning til anerkendelse af koncerninteressen og til regler om gennemsigtighed i forhold til koncernstrukturer.

Der er foreløbig udarbejdet et direktivforslag til ændring af bestemmelser i direktiv 2007/36/EC (aktionærdirektivet) og 2013/34/EU (regnskabsdirektivet) med henblik på en regulering af ”related party transactions”),¹⁶⁶ ligesom et nyt direktiv i forhold til en ny enkeltmandsselskabsform (SUP) er fremlagt.

Det stærke fokus på en anbeling i EU-regi af ”anerkendelse af koncerninteressen” kan umiddelbart anskues lidt som ”at sparke en åben dør ind”, idet langt de fleste medlemslande allerede enten har en egentlig koncernselskabsretlig regulering, der er inspireret af tysk Konzernrecht, eller allerede de facto anerkender koncerninteressen.

Således betegner Pierre-Henri Conac anerkendelsen af koncerninteressen som *Ius Commune* i Europa, idet lande som f.eks. Frankrig, Belgien, Luxembourg, Holland, Italien og Norden allerede antages at praktisere en sådan retstilstand.¹⁶⁷

5.3.1.6 Retsvidenskabens aktuelle initiativer

Udvikling af koncernselskabsretten har i europæisk sammenhæng i de seneste årtier i høj grad været drevet af retsvidenskaben. I fokus har især været anerkendelse og regulering af koncerninteressen som selskabsretligt fænomen.

Påvirkningen fra tysk Konzernrecht har været betydelig, idet dog også belgiske og franske retsteoretikere senest forskningsmæssigt har bidraget til koncernselskabsretlig teoridannelse.

¹⁶⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM (2012) 740/2.

¹⁶⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement and Directive 2013/34/EU as regards certain elements of the corporate governance account, COM (2014) 213 final.

¹⁶⁷ Directors’ Duties in Groups of Companies, i Boards of Directors in European Companies – Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties, 2013, side 86 ff.

Retsvidenskaben har i hovedsagen fokuseret på de selskabsretlige retsvirkninger af koncernforhold. Påfaldende er det imidlertid, at kun få af disse grupperinger har fokuseret på det emne, som såvel i forbindelse med koncernregnskabsdirektivet og udkastet til koncerndirektivet var blandt de vanskeligste: udviklingen af eet eller flere fælles selskabsretlige koncernbegreber.

Blandt retsvidenskabsfolk, der har forholdt sig til dette emne, er Christine Windbichler: "The concept of control as defined in Article 1 of the Seventh Directive is the perfect stepping-stone for a European corporate group law..... The concept of control as established in the Seventh Directive is certainly the obvious starting point. It is, however, not a final group concept. In my opinion, the necessary qualifications need standardizing as well".¹⁶⁸

5.3.1.6.1 Forum Europaeum on Group Law

I slutningen af 1990'erne udarbejdede en gruppe selskabsretsteoretikere, Forum Europaeum on Group Law, et direktivudkast til selskabsretlig koncernregulering.

Gruppens forslag indeholdte elementer fra flere europæiske koncernselskabsretlige regimer:

Fra tysk ret var elementer vedrørende "Unternehmensverträge" ("Beherrschungsvertrag" og "Gewinnabführungsvertrag") i kombination med kreditorbeskyttelseselementer såsom koncernmoderens hæftelse for tab i koncerndatter og minoritetsbeskyttelse i forhold til kompensation for tab som følge af koncernrelationen, ligesom også det tyske system med muligheden for udarbejdelse af en særlig "group declaration" var et element.

Fra fransk ret indgik elementer fra den såkaldte "Rozenblum-doktrin", jf. også ovenfor i afsnit 5.3.1.4.1, der med inspiration fra tysk ret blev suppleret med krav om formel løbende afrapportering.

Endelig indgik i forhold til kreditor- og minoritetsejerbeskyttelse elementer fra britisk selskabsret, idet "wrongful trading"-princippet, regler om indløsningsret og -pligt samt adgang til granskning sås som integrerede elementer.

I EU-systemet var der imidlertid ikke vilje til at følge op på dette initiativ.

Forum Europaeum antog, at kontrol – men i koncernregnskabsdirektivets forstand – skulle afgrænse den selskabsretlige koncern, men sås i øvrigt ikke nærmere at kvalificere den selskabsretlige koncern med noget forslag til koncerndefinition.

¹⁶⁸ Corporate Group Law for Europe: comments on the Forum Europaeum's Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, European Business organization Law Review 1. 2000, s. 265-286.

5.3.1.6.2 High Level Group of Company Law Experts

I 2002 udarbejdede en gruppe af europæiske selskabsretseksperter, High Level Group of Company Law Experts, den såkaldte Winter-rapport,¹⁶⁹ hvori gruppen ikke advokerede for en egentlig sammenhængende regulering af selskabsretlige koncernforhold, men snarere så ad hoc regler som reguleringsmodel for koncernledelsernes adgang til etablering af koncernpolitikker som styringsværktøj inden for koncerner.

Heri lå en implicit anerkendelse af koncerninteressen som begreb.

Gruppen så åbenhed og gennemsigtighed (transparens) i forhold til koncernstrukturer som afgørende i forhold til at afbalancere koncernens interesser over for koncerndatterens interesser, ligesom regler om indløsning sås som ex ante reguleringsmæssige midler.

Endelig anbefalede gruppen udviklingen af en fælles europæisk konkursretlig ”wrongful trading”-regel¹⁷⁰ i kombination med regulering af ”shadow directors”, alt jf. britisk forbillede.

Specifik stillingtagen til spørgsmålet om afgrænsningen af den selskabsretlige koncern sås gruppen ikke at fremsætte.

5.3.1.6.3 EMCA-gruppen

I 2007 blev på initiativ blandt andet af danske Paul Krüger Andersen nedsat en arbejdsgruppe, som med udgangspunkt i en soft-law tilgang udarbejdede en selskabsretlig modellov, the European Model Companies Act (EMCA).

Forbilledet for gruppens arbejde var den Model Business Corporation Act, som af NCUSL (National conference of Commissioners on Uniform State Laws) i 1920'erne blev udarbejdet, og som senere blev overtaget af American Bar Association, der nu reviderer standarden hvert år.

I EMCA er indeholdt et kapitel 16 om koncernregulering.

Blandt de væsentligste principper, der ligger til grund herfor, er:

- Koncernmoderens instruktionsbeføjelse over for koncerndatteren, uden at dette modsvares af særlige bestemmelser om ansvar eller andre forpligtelser for koncernmoderen.

¹⁶⁹ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 2002.

¹⁷⁰ Forbilledet er den britiske konkursretlige regel S. 214 i UK Insolvency Act. Princippet har lighedspunkter med den retstilstand, der i Danmark har udviklet sig for ledelsens ansvar for dispositioner ”efter håbløhedstidspunktet” (det Archimediske princip).

- Retten til koncernledelse under hensyntagen til koncerninteressen, alt jf. principperne i den ovenfor beskrevne Rozenblum-doktrin.
- Ret for koncernmoderen til at indløse koncerndatterens minoritetsejere ("squeeze-out").
- Ret til intra-gruppe transaktioner, der dog skal godkendes af bestyrelsen, sådan som det også kendes fra britisk koncernret.
- Beskyttelsen af koncerndatterens minoritetsejere baseres på "wrongful trading"-princippet i britisk ret.
- Beskyttelsen af koncernmoderens minoritetsejere baseres på transparensretlige principper.

Når det kommer til koncernbegrebet, baserer EMCA-modellen sig med få modifikationer på kontrolbegrebet, som det angiveligt kendes fra de internationale regnskabsstandarder IAS 27 (2008) og IFRS 10 (og fra den danske ÅRL og den danske SL).

Henvisningen i EMCA til IFRS 10 kan imidlertid undre, jf. hvad i kapitel 4.5 er anført om forskellene herpå, medens henvisningen til IAS 27 (2008) synes åbenbart korrekt.

Tilsvarende indeholder EMCA-modellen definitioner af koncerndatter og koncernmoder som i IAS 27 (2008)-standarden, idet koncerndøtre dog deles op i to kategorier, hvor en særlig kategori er 100 %-ejede koncerndøtre, alt med inspiration fra den britiske Companies Act section 1159, jf. også afsnit 5.3.1.3.

Kontrol defineres som "power to govern, alone og with other shareholders, the financial and operating policies of a subsidiary. It may be de jure or de facto". Som det ses, er – i lighed med den danske ÅRL og SL – "so as to obtain returns from its activities" udeladt. Det angives, at begrundelsen herfor er, at den udeladte tilføjelse indebærer "an economic concept".

I en særskilt bestemmelse defineres de jure kontrol som direkte eller indirekte ejerskab af mere end halvdelen af stemmerettighederne, med mindre det klart kan påvises, at et sådant ejerskab ikke medfører kontrol, alt jf. i øvrigt IAS 27 (2008) som allerede analyseret i afsnit 4.3.

Tilsvarende er i en særskilt bestemmelse defineret de facto kontrol i fire former:

- Retten til at udøve stemmeretten for mere end halvdelen af stemmerettigheder i henhold til ejeraftale. - I forhold til IAS 27 (2008) er "power" udskiftet med "right" (rettighed) med den begrundelse, at "right" ikke er et økonomisk begreb.
- Retten til at kontrollere finansielle og driftsmæssige politikker i henhold til vedtægt eller aftale.

- Retten til at udpege eller fjerne flertallet af den øverste ledelse, når dette organ kontrollerer driften.
- Retten til at udøve stemmeret for et faktisk, ikke absolut, stemmeflertal på generalforsamlingen. Formodning for kontrol foreligger, når et flertal af medlemmer i det øverste ledelsesorgan i to på hinanden følgende regnskabsår er udpeget af koncernmoderen. Der er formodning for en sådan kontrol, når en virksomhed besidder 40 % af stemmerettighederne, og ingen anden ejer besidder en større andel.

Det originale IAS 27 (2008) de facto stemmeflertal ses her suppleret med præsumptionselementer hentet fra regnskabsdirektivet og fransk lovgivning.

EMCA-koncernbegrebet analyseres ikke nærmere heri, idet der henvises til analysen i afsnit 4.3 af IAS 27 (2008)-koncernbegrebet og til afsnit om SL's koncernbegreb.

I den ovenfor nævnte Feedback Statement vedrørende Kommissionens høring om udvikling af selskabsretten blev inddraget spørgsmålet om anvendelsen soft-law i form af modellove som EMCA som alternativ til en egentlig harmonisering.

75 % af undersøgelsens respondenter havde en holdning til spørgsmålet. 1/3 af disse anså modellove som et alternativ til anden regulering.

5.3.1.6.4 Arbeitskreis Corporate Governance im Konzern

I 2009 blev på initiativ af den tyske Marcus Lutter etableret endnu en gruppe bestående af retsvidenskabsfolk, Arbeitskreis Corporate Governance im Konzern.

Gruppens endelige anbefalinger er endnu ikke offentliggjort. Det står imidlertid klart, at gruppens anbefalinger vil indebære en opdeling af koncerner i en række undergrupper.

Én sondring vil ske mellem virksomheder af den såkaldte "Servicegesellschaft"-type og virksomheder af "Reguläre Tochtergesellschaft"-typen. Begge typer underlægges koncernmoderens ledelsesbeføjelse.

"Servicegesellschaft" kendetegnes ved at have aktiviteter, der alene kan anskues som hjælpefunktioner for koncernvirksomhederne i øvrigt (med inspiration fra IASB-standardernes SPE-terminologi), der skal fortrinsvis være tale om mellemstore eller store virksomheder jf. regnskabsreglernes tærskelværdier, og selskabets ejere skal være gruppeinterne.

For "Reguläre Tochtergesellschaften" skal anvendes principper med inspiration fra den allerede ovenfor behandlede Rozenblum-doktrin. I tilknytning til sådanne "Reguläre Tochtergesellschaften" skal bestå en betydelig gennemsigthed i forhold

til ejer- og ledelsesforhold og i forhold til gruppeinterne transaktioner. Der skal således udarbejdes en ”Strukturbericht” og en ”Transaktionsbericht”, der begge skal revideres af en uafhængig sagkyndig, hvorefter der skal ske offentliggørelse af dem.

Som det ses, foreslås en regulering med tydelige lighedspunkter med tysk Konzernrecht og tilsat franske elementer, og hvor fokus er på transparans og formel (omstændelig og omkostningstung) rapportering, alt også med tysk inspiration.

Med baggrund i ovenstående kortfattede redegørelser for europæiske retsvidenskabelige grupperingers anbefalinger i forhold til koncernselskabsretlige initiativer kan konstateres, at der fortsat efter mere end 40 år langtfra synes opnået enighed om grundlæggende elementer i forståelsen af den selskabsretlige koncern, herunder ejheller for så vidt angår koncernbegreber til brug for en sådan materiel regulering.

Pierre-Henri Conac opsummerer status som følger: ”It is true that in the present political climate, the adoption of a provision recognising the interest of the groups, through a directive, would be challenging, if not impossible..... A main argument is that the recognition of the interest of the group would face German opposition because of its highly-developed law on groups. Other Member States with similarly developed laws would also be likely to object”.¹⁷¹

En opfyldelse af Paul Krüger Andersens profeti fra 1997 synes således fortsat at ligge langt ude i fremtiden:

”En kommende EU-regulering vil givetvis – selv om der er diskussion om detaljer i reguleringen – hvile på det hovedsynspunkt, at koncerner er en selvstændig selskabsretlig retsfigur”.¹⁷²

5.3.1.7 Den primære EU-ret

Der følger af Funktionstraktatens (TEUF) artiklerne 49 og 51 et forbud mod restriktioner, der hindrer blandt andet sekundær etablering i et andet EU-land for selskaber, som måtte ønske at etablere sig med filial, afdeling, datterselskab mv. Der forudsættes altså et grænseoverskridende element, hvorfor der af artikel 49 ikke kan udledes noget om rent nationale sekundære etableringer.

Nævnte artikler udgør dermed en præcisering af det almindelige diskriminationsforbud i TEUF artikel 18, idet artikel 49 dog også antages at omfatte

¹⁷¹ Pierre Henri Conac i Directors’ Duties in Groups of Companies, i Boards of Directors in European Companies – Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties, 2013, side 85 ff.

¹⁷² Studier i dansk koncernret, 1997, side 45.

restriktioner, der ikke er diskriminerende, men som må anses for særligt byrdefulde for den grænseoverskridende erhvervsudøver.¹⁷³

Etableringsretten omfatter for det først retten til at etablere sig uden hjem- eller værtslandets begrænsninger af adgangen hertil, jf. f.eks. Centros-sagen i C-212/97, hvor et britisk selskab blev stiftet af et dansk ægtepar uden dog at have nogen erhvervsmæssig virksomhed, og hvor det danske ægtepar efterfølgende i Danmark ønskede at etablere en filial af selskabet uagtet, at selskabet ikke opfyldte dansk rets kapitalkrav for anpartsselskaber.

I forbindelse med netop Centros-sagen henvistes i generaladvokatens forslag til afgørelsen til den af Erik Werlauff formulerede 4-ledelede selskabsfrihed, hvori også indgår retten til ved grænseoverskridende etablering at vælge etableringsform, herunder f.eks. også datterselskab.¹⁷⁴

Men etableringsretten omfatter tillige forbud mod, at oprindelseslandet forhindrer et selskab i at etablere sig i en anden medlemsstat (hvilket blandt andet har haft betydning i forhold til sager om exit-beskatning, se f.eks. National Grid Indus, sag C-371/10).

Det følger således af artikel 49, stk. 2, at der skal gælde en national ligebehandling, og følgelig skal virksomhedsgrupper efter moder-/dattermodellen kunne etableres grænseoverskridende i det omfang, hvor tilsvarende vil være muligt efter national lov.

Men kan der i tillæg hertil af den primære EU-ret udledes, at der i grænseoverskridende koncerner skulle kunne gøres koncernretlige rettigheder gældende, som rækker ud over de rettigheder, der tilkommer en koncernmoder efter nationale selskabsretlige regler?

To aspekter heraf må overvejes: først diskriminationsforbuddet og dernæst forbuddet under visse omstændigheder mod ikke-diskriminerende restriktioner.

¹⁷³ I prøvelsen heraf lægges vægt på, at den nationale regel ikke er diskriminerende, at den nationale regel er berettiget under hensyntagen til beskyttelsesværdige interesser, at reglen er egnet til at opfylde sit angivne formål, og at den ikke er mere restriktiv end nødvendig. Se hertil f.eks. Gebhard-sagen i C-45/94.

¹⁷⁴ Se nærmere herom i Erik Werlauffs Selskabsret, 9. udgave, side 53.

Rækkevidden heraf illustreres bedst ved to eksempler:¹⁷⁵

Eksempel 1:

Et dansk aktieselskab som koncernmoder ønsker at udøve koncernledelse efter tysk "Konzernrecht"-forbillede i forhold til et tysk datter-aktieselskab.

I det omfang, hvor det danske moder-aktieselskab ikke i selskabsretlig henseende stilles i en position, der krænker dansk selskabsret (og det antages at være en reel mulighed, jf. tidligere om tysk "Konzernrecht") vil en sådan konstruktion være mulig. Hvad et tysk moder-aktieselskab kan udøve af koncernledelse over et tysk datter-aktieselskab, kan med hjemmel i artiklerne 49 og 54 og ud fra et diskriminationsmæssigt synspunkt også et dansk moder-aktieselskab gøre.

Ville i givet fald et anbringende fra tysk side om, at en sådan adgang til koncernledelse for et dansk koncernmoder-aktieselskab ikke skulle bestå, idet en tilsvarende jf. nedenstående eksempel 2 ikke ville bestå for et tysk koncernmoderaktieselskab, der tilsvarende måtte ønske at udøve koncernledelse i forhold til et dansk koncerndatter-selskab?

Spørgsmålet må besvares benægtende; i Hubbard-sagen, C-20/92, slog Domstolen fast, at manglende gensidighed i medlemsstaternes nationale regler ikke kunne føre til, at TEUF artikel 49, jf. artikel 54, ikke skulle respekteres.

Eksempel 2:

Et tysk aktieselskab som koncernmoder ønsker at udøve koncernledelse efter tysk "Konzernrecht"-forbillede med et dansk datter-aktieselskab.

Det kan med afsæt i diskriminationsmæssig argumentation ikke lægges til grund, at begrænsninger mod en sådan model skulle være i strid med artiklerne 49 jf. 54. Samme mulighed ville ejheller efter gældende dansk selskabsret antages at foreligge for et dansk koncernmoder-aktieselskab.

¹⁷⁵ Eksemplet er formuleret med inspiration fra det store fokus, som gennem en årrække har eksisteret fra tysk side på den retsikkerhed, som består for tyske ledelsesmedlemmer, som under indtryk af den kendte tyske "Konzernrecht" begiver sig ud i koncernledelse på tværs af grænser og i forhold til datterselskaber med hjemsted i medlemslande, der ikke giver tilsvarende muligheder for koncernledelse i almindelighed. Se hertil f.eks. Christoph Teichmann i Neue Perspektiven für das Europäische Konzernrecht, Rechtsproblem im Konzern, Drittes Jahrbuch des Krakauer Forums der Rechtswissenschaften, 2012, hvor der efterlyses en "safe Harbour für die Konzerngeschäftsleiter".

Kunne i denne situation fra tysk side nu gøres gældende, at der i stedet skulle være tale om en ikke-diskriminerende restriktion i forhold til at forhindre tyske virksomheder i at udøve koncernledelse over danske koncerndatter-aktieselskaber?

En sådan sag har ikke været prøvet, hvilket kan undre allerede i betragtning af, at i hvert fald en vis grad af koncernledelse er udbredt i Europa, og herunder også i Danmark, og i betragtning af, at emnet har væsentlig betydning såvel for koncernselskaberne som for de ledelsesmedlemmer, der agerer potentielt med risiko for retsforfølgning og/eller erstatningskrav under disse forhold.

Imidlertid står det nu fast, at EUD ikke er afvisende over for med baggrund i artikel 49, jf. 54, om ikke-diskriminerende restriktioner-begrebet at intervenere i selv sagskomplekser, der ligger uden for EU-rettens saglige kompetence.

I C-400/08 udtalte EUD under henvisning til netop ”ikke-diskriminerende restriktioner” i en sag, der handlede om spansk planlovgivning, og hvor det blev gjort gældende, at begrænsningerne i den spanske planlovgivning hindrede en tilstrækkelig adgang til at bygge butikcentre, at den spanske stat bar bevisbyrden for egnetheden og forholdsmæssigheden af den pågældende restriktion. Denne bevisbyrde kunne de spanske myndigheder ikke løfte, hvorfor EUD under henvisning til restriktionens manglende proportionalitet anså restriktionen for traktatstridig.

Hvorvidt det fra dansk side i en sådan hypotetisk sag ville være muligt at løfte bevisbyrden for, at reglerne i dansk selskabsret om datterselskabsledelsens forpligtelse til at give forrang til selskabsinteressen over andre interesser, herunder i givet fald en koncerninteresse, 1. anvendes på en ikke-diskriminerende måde, 2. er berettigede af væsentlige anerkendelsesværdige grunde, 3. er egnede til at opnå det ønskede mål, og 4. ikke er mere restriktive end nødvendigt, må for nuværende – men vil antageligvis ikke ud over en beskeden årrække – henstå i det uvisse.

Som supplement til eksempel 1 just ovenfor illustrerer C-186/12 *Impacto Azul*-sagen, hvorledes en særlig art ”haltende retsforhold” kan opstå i grænseoverskridende koncernforhold.

I sagen havde en fransk koncernmoder indirekte bestemmende indflydelse over et portugisisk 100 % ejet datterselskab, som misligholdte sine forpligtelser over for kreditorer, herunder *Impacto Azul*, i forbindelse med fejlslagne byggeprojekter.

Hadde koncernmoderen været portugisisk, ville kreditorerne efter portugisisk ret have kunnet holde sig til koncernmoderen (og andre koncernvirksomheder), idet

der efter portugisisk ret i den pågældende situation ville have været identifikation mellem koncernmoder og koncerndatter. – Men da denne konstruktion ikke er en del af fransk selskabsret, måtte Impacto Azul altså alene holde sig til koncerndatteren. På den baggrund gjorde Impacto Azul gældende, at der var tale om en krænkelse af TEUF artikel 49. Heri fik Impacto Azul ikke medhold.¹⁷⁶

Sammenfattende må i den primære EU-ret for så vidt angår TEUF artiklerne 49, jf. 54, antages, at der foreligger en implicit en anerkendelse af virksomhedsgrupper, der opstår som grænseoverskridende sekundære etablering, og eksplicit et diskriminations- og restriktionsforbud, for så vidt sådanne sekundære etableringer sker grænseoverskridende.

Men nogen fælles EU-retlig kvalificering af begrebet ”datterselskab” i selskabsretlig henseende fastlægges ikke i disse bestemmelser, og afgørelsen af dette spørgsmål må således fortsat bero på nationale regler herom.

Dermed må antageligvis konstateres, at der af TEUF artiklerne 49, jfr. 54, følger en anerkendelse af eksistensen af og adgangen til at etablere grænseoverskridende virksomhedsgrupper, men at der i hvert fald af nævnte bestemmelser intet kan udledes om fælles regulering af disse, endsige af disses kvalificering som selskabsretlig koncern.

Der ses da europæiske videnskabsfolk, som ud fra proportionalitetsbetragtninger helt anfægter, at der overhovedet skulle være traktatmæssig hjemmel til indførelse af fælleseuropæisk sekundær koncernselskabsret: ”A coordination of company laws would only be deemed permissible if such harmonization is necessary for the removal of restrictions on freedom of establishment. On the other hand, the EEC Commission, supported by the EEC Parliament and the EEC Economic and Social Committee, actually interprets Article 54(3)(g) in light of the other objectives of the EEC Treaty, such as promoting a harmonious development of economic activities, increasing stability, accelerating increased in the standard of living, and encouraging closer relations between the Member States. Harmonization thus may be extended well beyond existing company laws. This sort of extensive interpretation of harmonization of company laws may exceed the proper bounds of lawmaking and be explained only as legal expedience without proper authority”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Se nærmere herom Stephan Rammeloo i The Judgment in CJEU C-186/12 (Impacto Zaul): Company law, Parental Liability and Article 49 TFEU – A Plea for a ”Soft Law” Oriented EU Law Approach on Company Groups, European Company Law 11, Nr. 1, 2014, side 20-29.

¹⁷⁷ Klaus Böhlhoff og Julius Budde i Company Groups – the EEC Proposal for a Ninth Directive in the light of the legal situation in the Federal Republic of Germany, Journal of Comparative Business and Capital Market Law 6, 1984, side 163-197.

5.3.1.8 Findes et EUD-skabt koncernbegreb?

Selskabsretlige problemstillinger ses sjældent forelagt EUD præjudikativt, og det samme gælder også problemstillinger, der i deres udgangspunkt er koncernselskabsretlige.

Det er imidlertid forsøgt! I C-101/08 forelagde den luxembourgske højesteret under henvisning til 2. selskabsdirektiv og de EU-retlige regler om overtagelsestilbud i Audiolum-sagen præjudicielt i alt tre spørgsmål vedrørende minoritetsejeres stilling i forbindelse med en hovedaktionærs opnåelse af kontrol med et selskab.

Domstolens konklusion lød som følger: ”Fællesskabsretten indeholder ikke noget generelt princip, hvorefter mindretalsaktionærerne er beskyttet af en forpligtelse for hovedaktionæren, der opnår eller udøver kontrol med et selskab, til at tilbyde mindretalsaktionærerne at købe deres aktier på samme betingelser som dem, der blev aftalt ved erhvervelsen af en andel i selskabet, hvormed hovedaktionæren fik tildelt eller styrket kontrollen med selskabet”.

Imidlertid er der en righoldig praksis for så vidt angår andre EU-retlige områder, herunder især konkurrenceretten, udbudsretten, miljøretten og handelsagentlovgivningen, hvor spørgsmål om identifikation og hæftelse inden for virksomhedsgruppen og i relation til retsvirkningerne af sådan forsyndelse mod anden EU-retlig regulering udgør et væsentligt element i sagerne:

5.3.1.8.1 Konkurrenceretten

I C-97/08 Akzo Nobel-sagen fra 2009 deltog koncerndatter i et ulovligt kartelsamarbejde.

EUD lagde i sagen til grund, at gruppen (herunder koncernmoderen) under eet var ansvarlig, da koncernmoderen havde bestemmende indflydelse på koncerndatteren og i øvrigt indgik i en ”økonomisk enhed”, der under eet antoges at overtræde konkurrencelovgivningen.

EUD konstaterede i den sammenhæng, at der ikke var tale om et objektivt ansvar, og det ville stå koncernmoderen frit for at forsøge at gendrive formodningen for den bestemmende indflydelse.

C-501/11 P Schindler sagen var den første sag efter Lissabontraktatens ikrafttræden, som bekræftede EUD's praksis om, at der foreligger simpel formodning om, at en koncernmoder, der ejer 100 % af en koncern, også udøver bestemmende indflydelse over denne.

I tilknytning til denne afhandling er særligt C-58/12 P Gascogne-sagen af relevans.

Det første aspekt af sagen er Domstolens praksis i forhold til afgørelse af skyldspørgsmålet: her bekræftede Domstolen under henvisning til ovenfor nævnte C-501/11 P Schindler-sagen en praksis om, at der foreligger en formodning om en koncernmoders faktisk udøvelse af bestemmende indflydelse, når en denne besidder 100 % af kapitalen, og at der derfor er mulighed for at udøve kontrol med koncerndatterens markedsadfærd.

Dernæst gav appellants tredje anbringende Domstolen anledning til at forholde sig til grundlaget for sanktionen og herunder især beregningsmetoden for bøden.

Appellanten anførte i den sammenhæng, at Retten havde begået fejl ved at lægge til grund, at den samlede størrelse af en økonomisk enhed skal vurderes på grundlag af den samlede omsætning for den koncern, som holdingselskabet står i spidsen for og ud fra en betragtning om, at alene koncernens virksomheder under eet kan give indikation af pågældende virksomheds størrelse og økonomiske styrke. Retten sammenbandede herved begreberne koncern og virksomhed, idet koncernen var alle gruppens virksomheder, medens den økonomiske enhed alene var den virksomhed, som den konkurrenceretlige forsyndelse havde tilknytning til.

Kommissionen, derimod, gjorde gældende, at dette anbringende var ubegrundet, idet det ansås for fast praksis, at virksomhedens samlede omsætning giver en indikation af økonomisk betydning og indflydelse på markedet. Kommissionen fandt derfor, at bøden skal fastsættes med udgangspunkt i den samlede koncern, jfr. i øvrigt koncernbegrebet i konsolideringsreglerne i den EU-retlige koncernregnskabsret.

Domstolen afgjorde spørgsmålet under henvisning til, at der ved beregning af bødens størrelse skal tages hensyn til virksomhedens størrelse og økonomiske styrke, dvs. de samlede ressourcer for ophavsmanden til overtrædelsen. Det er derfor berettiget at tage hensyn til omsætningen for samtlige de selskaber, som koncernmoder har mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse over og uanset deres evne til selv at bestemme markedsræssig adfærd, og uanset om disse har tilknytning til den pågældende økonomiske enhed eller virksomhed. Koncernregnskabsdirektivets afgrænsning af konsolideringskredsen skal derfor lægges til grund ved beregning af bøden.

En følge heraf er det, at Kommissionen i konkurrenceretlige sager ikke skal påvise, at hvert enkelt datterselskab i koncernen ikke er selvstændigt i forhold til beslutninger om sin markedsadfærd.

Det kan herefter lægges til grund, at der i EU-konkurrenceretlig henseende er forskel på koncern og virksomhed (den økonomiske enhed), jf. også denne

afhandlings afsnit 2.2.1, og at kredsen af aktører i forhold til skyldsspørgsmålet og identifikation i forbindelse hermed ikke nødvendigvis er sammenfaldende med den ”koncern”, som beregning af bøden har sit udgangspunkt i.

I C508/11 P Eni SpA-sagen fra 2013 blev på ny testet ”økonomisk enhed”-begrebet inden for konkurrenceretten.

I sagen var der tale om karteldannelse, hvorefter koncerndatterens markedsadfærd kan tilregnes koncernmoderen, såfremt koncerndatteren ikke dokumenterbart selvstændigt beslutter denne. – Når koncernmoderen ejer størstedelen af koncerndatterens kapital, foreligger en gendrivelig præsumption for, at koncernmoderen faktisk udøver bestemmelse indflydelse. Det blev i denne, som i andre afgørelser før denne, på ny slået fast, at ”den økonomiske enhed” kan omfatte flere juridiske enheder.

Se også Dow Chemicals i C-179/12 P fra 2013.

Konkurrenceretten er en (næste) udtømmelig kilde og dermed et væsentligt bidrag til forståelsen af ”den økonomiske enhed” og koncernbegrebet – men altså med konkurrenceretten som kilde.

5.3.1.8.2 Produktansvarsretten

Fra produktansvarsretten ses C-358/08 sagen Aventis Pasteur fra 2009, hvor der var usikkerhed hos en britisk patient, der var blevet skadet af en vaccine, om rette modpart i en erstatningssag. Domstolen ville i denne sag ikke automatisk tillade identifikation mellem en britisk koncerndatter, som på det britiske marked havde solgt den af koncernmoderen fremstillede vaccine. Domstolen lagde til grund, at hver enkelt koncernvirksomheds adfærd og rolle i sagen måtte tages i betragtning, og at identifikation i givet fald ville skulle statueres med baggrund i sagens konkrete omstændigheder.

5.3.1.8.3 Udbudsretten

Inden for udbudsretten måtte EUD i C-389/92 fra 1994 i den såkaldte Ballast Nedam-sag tage stilling til rækkevidden af rådigheden over en koncerndatters aktiver i forbindelse med en prækvalifikation.

Et hollandsk selskab ville i forbindelse med et udbud prækvalificeres til at løse opgaver i Belgien og henviste i den sammenhæng til know-how tilhørende en koncerndatter. De belgiske myndigheder nægtede at anerkende denne know-how hos koncerndatteren som element i forbindelse med prækvalifikationen. I forbindelse med en præjudiciel forelægges svarede EUD i første omgang, at koncerndatterens know-how skulle anerkendes og inddrages. Da EUD blev bedt om at præcisere sit svar i forhold til, om dette da kunne antages at indebære, at det stod frit for koncernmoderen at råde over koncerndatterens aktiver, modererede EUD

sit svar, idet det herefter blev lagt til grund, at koncernmoderen dog måtte have mulighed for at bevise, at sagkundskaben hos koncerndatteren konkret stod til rådighed for koncernmoderne.

En udbudsretlig identifikation i forhold til koncerndatterens aktiver blev altså ikke statueret, men ej heller ganske udelukket.

5.3.1.8.4 Handelsagentlovgivningen

I C-348/07 Turgay Semen-sagen skulle en handelsagent efter den EU-retlige handelsagentregulering have erstatning for agenturgiverens opsigelse af samarbejde. Spørgsmålet var her, hvorledes erstatningen skulle beregnes, idet aftalen var indgået mellem handelsagenten og en koncernvirksomhed ("principalen"), og idet andre koncernvirksomheder efter handelsagentens opfattelse tillige havde haft fordele af samarbejdet.

EUD lagde til grund, at andre koncernvirksomheders forhold "ikke i princippet" og "ikke nødvendigvis" skulle indgå i beregningen, idet der blev argumenteret ud fra en ordlydsfortolkning af begrebet "principal", og idet der blev argumenteret for hensynet til handlen og til retlig sikkerhed for handelsrepræsentanter.

Udelukket vil en sådan beregningsmetode antageligvis ikke være med baggrund i Domstolens begrundelser, såfremt omstændighederne konkret er anderledes.

Som det ses af ovenstående eksempler fra andre EU-retlige områder, kan ikke heraf entydigt udledes nogen rød tråd for så vidt Domstolens tilbøjelighed til at vægte den økonomiske enhed over den juridiske enhed, ej heller når de forskellige retsområders anvendelse implicit udfordrer almindeligt udbredte selskabsretlige principper om blandt andet hæftelsesspørgsmålet.

Uagtet dette giver praksis ikke mindst inden for konkurrenceretten anledning til at overveje, hvad tidligere er anført om den mulige eksistens af en ledelsespligt, sådan som ikke mindst Teichmann og Hommelhoff har plæderet for tysk rets vedkommende. – De mulige implikationer heraf for koncernselskabsretten er betydelige i betragtning af, at koncernmoderens ledelsesret fortsat er omtvistet.

Det kan dog lægges til grund, at Domstolen i hvert fald ikke generelt er tilbageholdende i forhold til at anskue medlemmerne af en gruppe af virksomheder som en art interessenter i en fælles økonomisk enhed og dermed at se bort fra de juridiske strukturer, som danner rammen for de pågældende virksomheder.

Se hertil også Erik Werlauff: "A common feature in all the decisions cited is the fact that the Court is prepared, under certain circumstances, to ignore the formal fact that the group consists of a number of separate companies. It is difficult to give an entirely adequate picture of the conditions which must be fulfilled for

the Court to accept such identification, but one common feature would appear to be that the division into different companies must be a mere formality, insofar as the companies act as one company although theoretically comprising several legal entities".¹⁷⁸

I flere af de citerede sager spiller den "økonomiske enhed" med klar reference til det EU-koncernregnskabsretlige koncernbegreb en klar – om end implicit – rolle. Interessant er i den sammenhæng også de tilsyneladende tegn på, at "brøden" (skylden i strafsanktionerede sammenhænge) udmåles med baggrund i en snævrere kreds ("færre behøver være skyldige"), men at sanktionen i form af bøder beregnes ud for de aktiver og ressourcer i øvrigt, som findes inden for hele virksomhedsgruppen (koncernen) uden hensyntagen til de enkeltes konkrete rolle i det pågældende anliggende.

Måtte imidlertid Kommissionens handlingsplan fra december 2012 som ovenfor omtalt blive en realitet for så vidt angår en egentlig "anbefaling", jf. TEUF artikel 288, af anerkendelse af koncerninteressen, ligger den antagelse imidlertid lige for, at Domstolen med afsæt heri, og som inden for så mange andre områder før dette, ikke vil afstå fra blandt andet ved dynamisk fortolkning at udvikle dommerskabt ret, der rækker langt ind i den koncernselskabsretlige "hvepserede".

Dermed kan Erik Werlauffs profeti fra 2010 vise sig at opnå fornyet aktualitet:

"One might say, to be polemic, that while the Council and Parliament have "stepped down" as rule makers within pan-European company law for extended periods, the Court keeps working steadily – thus addressing the most complicated company law issues on identification and so on".¹⁷⁹

¹⁷⁸ Group and Community – the European Court's Development of an Independent Community Law Concept of the Group and its Significance for National Company Law, *European Company and Financial Law Review*, vol. 4, No. 5, 2007, side 201-206.

¹⁷⁹ Principles of European Company Law i *European Company Law* 7, nr. 5, 2010, side 183-186.

KAPITEL 6. NATIONALE KONCERNBEGREBER I ÅRSREGNSKABSLOVEN OG SELSKABSLOVEN

I kapitel 3 Koncernbegrebers raison d'être blev analyseret, hvorledes henholdsvis koncernregnskabsretten og koncernselskabsretten har et forskelligt sigte, og dette uagtet overvejelserne i afsnit 3.1 om, hvorvidt regnskabsretten som middel til transparens måtte kunne anses som en del af selskabsretten eller ej.

Hvorvidt retsområder med forskellig raison d'être kan anvende et fælles "Zweckbegriff" til afgrænsning af de pågældende retsområders koncernforståelse er eet af de underliggende spørgsmål, der ligger til grund for denne afhandlings analyse af dansk rets regnskabsretlige henholdsvis selskabsretlige koncernbegreber.¹

Problemstillingen blev som allerede anført aktuel med 2009-revisionen af henholdsvis ÅRL og SL, hvor begge love fik en ny koncerndefinition, som i henhold til lovforarbejderne skal fortolkes i overensstemmelse med den nu tidligere IAS 27 (2008)-regnskabsstandard, jf. denne afhandlings afsnit 4.3.

Det blev i bemærkningerne til lovforslaget om ændring af ÅRL anført, at ændringen af ÅRL's koncernbegreb var motiveret af ændringen i koncernbegrebet i den forelåede selskabslov. Endvidere anførtes herom som følger:²

"Med de nye definitioner sikres det samtidig, at årsregnskabslovens definitioner i forbindelse med koncernforhold bliver de samme som i den internationale regnskabsstandard IAS 27. Med den foreslåede ændring anses alle indholdsmæssige forskelle mellem årsregnskabsloven og IAS 27 i forhold til koncerndefinitionen at være fjernet."

¹ Se hertil også Paul Krüger Andersen i Aktie- og anpartsselskabsret – kapitalsekskaber, 12. oplag, 2013, side 538: "Dansk lovgivning har afstået fra at udforme et koncernbegreb, som er varieret og tilpasset de enkelte relationer, hvori det anvendes, således som det navnlig kendes fra tysk ret. Den nye selskabslov tilstræber tværtimod, at der kun skal være én koncerndefinition i selskabsretten, og at denne definition stort set skal være sammenfaldende med koncerndefinitionen i årsregnskabsloven og samtidig anvendelig i både rent danske og i internationale koncerner. Der har været enkelte modifikationer i enhedssynspunktet".

² LFF 171 af 25. marts 2009, punkt 2.4.5.

Lovgivers hensigt har således været at etablere en art ”DK IAS 27 (2008)”, jf. hvad i afsnit 5.2.4.3.1 er anført om forskellige nationale eller regionale versioner af IASB-standarderne.

I selskabslovsbetænkningen blev ligeledes betonet ønsket om at opnå en selskabsretlig koncerndefinition ”så tæt som muligt på formuleringen i årsregnskabsloven”, idet man har ønsket at opnå ”en næsten ensartet definition i de to love” samt at opnå en definition ”i tråd med den internationale udvikling på området.”³ – I tilknytning hertil rejser sig spørgsmålet, om dansk regnskabs- og selskabsret reelt har opnået koncernbegreber, der er i tråd med den internationale udvikling på området.

Om bevæggrundene for ønsket om at anvende IAS 27-standardens koncernbegreb fremgår det, at en yderligere tilnærmelse til den ”økonomiske koncern” har været et mål, herunder at koncernbegrebet skal anvende såvel formelle som principbaserede kriterier, og at vægningen af ”den faktiske indflydelse og dermed rådighedsforholdet frem for besiddelsesforholdet” har været i fokus.

Også SIC 12-problemstillingen i relation til SPE-virksomheder ses der eksplicit stillingtagen til; i forhold til selskabslovsbetænkningen anses med indførelsen af den nye koncerndefinition risikoen for misbrug af SPE-konstruktioner for at være reduceret i Danmark, og betænkningen anfører således direkte, at SIC 12 skal udgøre et fortolkningsbidrag også til den nye selskabsretlige koncerndefinition.⁴

2009-ændringerne af ÅRL’s og SL’s koncernbegreber er bemærkelsesværdige af flere årsager:

For det første rejser anvendelsen af IAS 27 (2008) standarden i national sammenhæng de samme retsvidenskabelige problemstillinger, som i kapitel 5 blev behandlet i forhold til den EU-retlige dimension af kravene til medlemsstaternes børsnoterede selskaber om anvendelse af IASB-standarderne i forbindelse med deres regnskabsaflæggelse.

I national sammenhæng kan hertil føjes den yderligere dimension, at Danmarks nationale anvendelse af standarden har været et dansk tilvalg, og at dette tilvalg nu medfører, at dansk regnskabsretlig og selskabsretlig forståelse ”er sat på pause” ved en ikke længere gældende og i sit indhold og sin udformning ”udrangeret” regnskabsretlig koncernforståelse.⁵ Dermed er i konsekvens heraf ikke mindst hensynet til en dynamisk videreudvikling af retstilstanden for så vidt angår

³ Bet. 1498, 2008, Modernisering af selskabsretten, side 581.

⁴ Bet. 1498, Modernisering af selskabsretten, side 747.

⁵ Michael Camphausen anfører, at ”...der reelt synes at være tale om en form for direkte ”ophøjelse” til lov af IAS 27 i så henseende”. Pengeinstitutterne og den nye selskabslovgivning, RR.2009.08.0040.

koncernforståelsen sat på stand-by, indtil lovgivningsmagten eller domstolene anviser ”vejen frem” for dansk rets anvendelse af koncernbegreber.

I tillæg til sådanne retspolitiske og retsvidenskabelige overvejelser er dernæst den indholdsmæssige forståelse af ÅRL og SL’s koncernbegreber et væsentligt emne.

Med IAS 27 (2008)-standarden er introduceret et nyt begrebsapparat, der er udviklet af økonomer og til brug for afgrænsningen af konsolideringskredsen i forbindelse med udarbejdelse af konsoliderede regnskaber. En retsdogmatisk analyse udfordrer dermed i en række henseender de fortolkningsmæssige principper, som almindeligvis gælder i dansk (og europæisk, jf. kapitel 5) ret.

Endelig kan med baggrund i ovenstående samt de første 4 års erfaring med anvendelsen af de nye koncernbegreber analyseres det helt overordnede spørgsmål i forhold til de internationale regnskabsstandards egnethed som grundlag for ÅRL og SL’s koncernbegreber.

Med 2009-reformen er således i forhold til regnskabsrettens og selskabsrettens koncernbegreber opstået en art reguleringsmæssig pluralisme, der ikke alene omfatter den retspluralisme, som samspillet mellem EU-retten og national ret indebærer, men som nu også rummer den centrale placering i national ret, som private regnskabstekniske standarder medfører.

Hvad den økonomiske videnskabs standarder således måtte mangle i forhold til formuleringer, der er udarbejdet i retligt øjemed, kompenseres der for i lovens forarbejder ved utvetydig angivelse af, at lovens bestemmelser i alt skal fortolkes i overensstemmelse med den regnskabstekniske standard inklusive dens vejledende bestemmelser – og dermed ses en implicit accept af ”den fiktive økonomiske enhed” som koncernbegreb. Der er dermed opnået en tilstand, hvor regnskabsrettens og selskabsrettens koncernbegreber beror på ”lovgivning efter motiverne.”

I dette kapitel behandles kort i to individuelle afsnit henholdsvis ÅRL’s koncernbegreb og SL’s koncernbegreb i deres respektive historiske sammenhænge. Tilsvarende gør sig gældende for analysen af de fortolkningsmæssige problemstillinger, der knytter sig hertil.

For så vidt angår den retsdogmatiske analyse af henholdsvis ÅRL’s og SL’s koncernbegreber afspejler fremstillingen lovforarbejdernes præmis om, at begge skal fortolkes i overensstemmelse med IAS 27 (2008), og at de med kun få undtagelser antages at have et materielt ensartet indhold.

Til dette billede hører endvidere, at ÅRL’s koncernbegreb nødvendigvis må forstås i en sammenhæng, der lægger en implementering af regnskabsdirektivet til grund.

Den retsdogmatiske analyse foretages derfor med hovedvægten på ÅRL's koncernbegreb, og kun hvor der efter ordlyden af koncernbegrebernes elementer kan antages at være forskelle, inddrages disse i en særskilt retsdogmatisk analyse af SL's koncernbegreb, hvilken sidstnævnte analyse derfor alene omfatter få bestemmelser.

I tilknytning til begge koncernbegreber opregnes individuelt ud fra et konvergens-/divergens synspunkt konstaterede indbyrdes forskelle med udgangspunkt i ÅRL, SL, IAS 27 (2008) og regnskabsdirektivet (2013).

Sidst i kapitlet analyseres i et dansk perspektiv lovgivers valg af reguleringsform, nemlig introduktionen i praksis af en "DK IAS 27 (2008)"-standard i både regnskabsretten og selskabsretten.

Hertil kan føjes spørgsmålet, om dansk ret nu reelt har fremtidssikret sit valg af terminologi i forhold til forståelsen af den regnskabsmæssige og selskabsretlige koncern og herunder også under hensyntagen til internationale forhold; om IASB-standardernes egnethed til anvendelse i national ret og herunder også spørgsmålet om SIC 12-problemstillinger i dansk ret; om den "økonomiske" koncern som udgangspunktet for koncernretlig regulering; og om forståelsen af forarbejdernes vægtning af "faktisk indflydelse" frem for ejerskab og endelig retsvidenskabelige problemstillinger.

6.1 Koncernbegrebet i årsregnskabsloven

6.1.1 Historik

Virksomheders regnskabsmæssige opgørelser har rod langt tilbage i historien. En væsentlig milepæl i historien herom var munken Luca Pacioli's beskrivelse i 1494 af det dobbelte bogholderi, og fra dette tidspunkt udbredte udarbejdelse af regnskaber sig ud over det ganske Europa. I USA blev det i 1800-tallet og i begyndelsen af 1900-tallet almindeligt, at børsnoterede virksomheder udarbejdede reviderede regnskaber.

Retrospektivt forekommer derfor i dansk sammenhæng især to forhold at være bemærkelsesværdige: dels indførte Danmark først i 1917 en egentlig regnskabsmæssig regulering af virksomheder med begrænset hæftelse, og dels blev denne regulering indført som en bestanddel af dansk selskabsretlig regulering, der i alt væsentlighed bestod af daværende aktieselskabslovs §§ 26 og 27, og hvis væsentligste indhold var følgende generalklausul:

”Årsregnskabet skal udarbejdes i overensstemmelse med ordentlig og forsigtig forretningsbrug og under hensyntagen til tilstedeværende værdier og forretningsforpligtelser”.⁶

I perioden herefter udviklede sig i dansk ret en omfattende regnskabsretlig praksis, som blev kodificeret med vedtagelsen af Aktieselskabsloven af 1973,⁷ og det var tillige i forbindelse med Aktieselskabsloven af 1973, at dansk lovgivnings første koncerndefinition blev indført.

Blandt de væsentligste begrundelser for at indføre et selskabsretligt koncernbegreb var netop ønsket om at indføre en forpligtelse for selskaber til udarbejdelse af koncernregnskaber. Der henvises til afsnit 3.3.2 for uddybende bemærkninger hertil.

Koncernregnskabsretten er således i dansk sammenhæng et relativt nyt retsområde, ligesom dansk rets regnskabsretlige koncernbegreber i deres substans kun med en vis vægt kan hævdes at være danske; snarere er de hybrider af national selskabsret, EU-ret og internationale regnskabsstandarder, der for så vidt angår EU-retten og de internationale regnskabsstandarder igen billedligt talt står på skuldrene af angelsaksisk og kontinental tænkning af koncernregnskabsretten, sådan som dette er analyseret i denne afhandlings afsnit 5.2.

I dansk koncernregnskabsret tegner der sig især tre milepæle, der er relevante i forhold til denne afhandlings emne: 1. indførelse ved Aktieselskabsloven af 1973 af forpligtelsen til aflæggelse af koncernregnskaber, og herunder indførelsen af dansk rets første koncerndefinition. 2. implementeringen af den direktivbaserede koncernregnskabsret. 3. indførelsen af den forordningsbestemte EU-forordningerne forpligtelse til at aflægge koncernregnskaber efter IASB’s internationale regnskabsstandarder.

6.1.1.1 *Koncernregnskabsretten før 1990*

Langt op i 1950’erne var samfundsudviklingen præget af Danmarks historiske position som landbrugsland, og den relativt sene industrielle udvikling medførte, at koncerner, og dermed konsoliderede regnskaber, først sent blev almindelige i Danmark.

Med vedtagelsen af Aktieselskabsloven 1973 fulgte kravet om, at alle koncerner skulle udarbejde koncernregnskaber. De indholdsmæssige krav til disse var

⁶ Bestemmelsen afspejler hermed en værdi, der fortsat har gyldighed i moderne regnskabsretlig regulering. Se hertil f.eks. betragtning nr. 9 i præamblen til direktiv 2013/34/EU (”det nye regnskabsdirektiv”), der forventes implementeret i dansk regnskabslovgivning fra 2015, og hvor således fremhæves: ”Årsregnskabet bør udarbejdes på et forsigtigt grundlag og bør give et retvisende billede af virksomhedens aktiver og passiver, finansielle stilling og resultat”.

⁷ Lov nr. 370 af 13. juni 1973.

beskedne, f.eks. var der ingen pligt til noter, og koncernregnskabet bestod af moderselskabets resultatopgørelse og balance suppleret med en konsolideret balance.

Danmark lagde sig således på det regnskabsretlige område i vid udstrækning op ad den traditionelle angelsaksiske common law tradition.⁸ Såvel moderselskabets regnskab som koncernregnskabet var underlagt revisionspligt.

I 1981 blev regnskabsdirektivet implementeret ved og med ikrafttræden 1. februar 1982,⁹ og i forbindelse hermed overgik koncernregnskabsreguleringen fra den selskabsretlige regulering til en selvstændig regnskabsregulering.

I dansk sammenhæng blev i visse regnskabsfaglige kredse implementeringen af regnskabsdirektivet som følge af sit transaktionsbaserede regnskabsprincip anset som et tilbageskridt, idet dansk regnskabspraksis indtil da havde haft det angelsaksiske værdibaserede udgangspunkt.

Henrik Steffensen m.fl. beskriver, hvorledes ÅRL og transaktionsprincippet blev lovens udgangspunkt, men hvorledes navnlig de større virksomheder i takt med de danske regnskabsvejlednings fremkomst i deres praksis blev mere orienterede mod det værdibaserede koncept.¹⁰

Samtidig øgedes kravene til koncernregnskabet, idet et koncernregnskab nu skulle indeholde såvel en konsolideret resultatopgørelse som en konsolideret balance. – Men fortsat var der ingen krav om noter, og øvrige krav til koncernregnskabet var få og fleksible; fra dansk side afventede lovgiver vedtagelsen af det koncernregnskabsdirektiv og afstod derfor fra at etablere et egentligt nationalt regelsæt til nærmere regulering af koncernregnskaber.

Til gengæld var der pligt for alle koncerner, der faldt inden for datidens koncerndefinition, til at udarbejde konsoliderede regnskaber, uanset f.eks. størrelse eller eksistensen af subkoncerner.

For så vidt angår koncerndefinition eller fastlæggelse af konsolideringskredsen indeholdt 1981-loven alene en indledende definition af en koncernvirksomheder som et moderselskab og dets dattervirksomheder og med henvisning til definitionen af dattervirksomheder, der igen indeholdt renvoi til aktie- og anpartsselskabslovenes definitioner heraf:

”Dattervirksomheder: aktieselskaber eller anpartsselskaber, som er datterselskaber af et selskab, jfr. § 2 i Aktieselskabsloven og i

⁸ Se nærmere herom i International Group Accounting, 1993, Merete Christiansen side 77.

⁹ Lov nr. 284 af 01. juni 1981.

¹⁰ Kommentarer til ÅRL, 5. udgave, side 77 ff.

anpartsselskabsloven, samt andre virksomheder, med hvilke selskabet har en tilsvarende forbindelse”.

Fra 1988 blev det obligatorisk for noterede selskaber at følge Foreningen af Statsautoriserede Revisorers (FSR) nationale regnskabsstandarder. Desuden begyndte FSR fra dette tidspunkt at oversætte og anbefale IASC's internationale regnskabsstandarder, idet anvendelsen heraf dog var frivillig helt frem til det tidspunkt, hvor EU's forordning 1606/2002 gjorde anvendelsen heraf obligatorisk for noterede selskaber.

Danmark var således i europæisk sammenhæng langt fra at regnes blandt pionererne, når det gjaldt etablering af national koncernregnskabsretlig regulering, og tydelige spor af en sådan lader sig vanskeligt identificere.

6.1.1.2 *Koncernregnskabsretten fra 1990 til 2005*

I forbindelse med en revision af ÅRL i 1990 implementerede Danmark koncernregnskabsdirektivet og med ikrafttræden 1. april 1991.¹¹ På koncernregnskabsområdet medførte den nye lov blandt andet følgende ændringer:

- Der blev indført mulighed for fritagelse fra koncernregnskabspligten for små koncerner og for subkoncerner.
- I en række nærmere specificerede situationer kunne en dattervirksomhed udgå af konsolideringskredsen.
- De konsoliderede regnskaber skulle indeholde noter.

Den nye mulighed for fritagelse for koncernregnskabspligten for små koncerner og subkoncerner var en væsentlig ændring, og der var på forhånd ventet et fald på 60 – 75 % i antal konsolideringer.¹²

Efter implementeringen af koncernregnskabsdirektivet indeholdte den danske koncernregnskabsregulering i sammenligning med en række europæiske lande fortsat en væsentlig fleksibilitet.

Dette afspejledes blandt andet i et betydeligt antal forskellige regler om oplysningsforpligtelser og værdiansættelser og i det forhold, at information om regnskabsprincipper ikke altid var komplette eller sammenlignelige. Samtidig var det fortsat ikke ualmindeligt, at gældende regler ikke blev overholdt, eller at der endog blev spekuleret i kreativ regnskabsudarbejdelse.

¹¹ Lov nr. 308 af 16. maj 1990.

1990-lovens koncerndefinition fremgik af § 1, stk. 2, hvori var indeholdt en række definitioner.

Koncernen blev således defineret som et moderselskab og dets dattervirksomheder.

Moderselskaber blev defineret som selskaber, som:

- a. Besidder flertallet af stemmerettigheder i en virksomhed.
- b. Er virksomhedsdeltager og har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i virksomhedens bestyrelse, direktion eller tilsvarende ledelsesorgan,
- c. Er virksomhedsdeltager og har ret til at udøve en bestemmende indflydelse over virksomheden på grundlag af vedtægter eller aftale med denne i øvrigt,
- d. Er virksomhedsdeltager og på grundlag af aftale med andre deltagere råder over flertallet af stemmerettighederne i virksomheden eller
- e. Besidder kapitalandele i en virksomhed og udøver en bestemmende indflydelse over denne.

Bemærkelsesværdig er i denne afhandlings sammenhæng kravet om (med)ejskab i forhold til de angivne koncernindikationer, jf. herom senere.

I bemærkningerne til lovforslaget blev understreget ønsket om i videst muligt omfang at bevare et indhold så tæt op ad daværende aktieselskabslovs koncerndefinition. I denne forbindelse blev koncernregnskabsdirektivets fakultative bestemmelse om koncernregnskabspligt i forbindelse med faktisk udøvelse af bestemmende indflydelse (artikel 1, stk. 2, litra a) udnyttet.

Den nye koncerndefinition blev imidlertid også anset for indskrænket i forhold til den tidligere bestemmelse, idet den nye koncerndefinition forudsatte besiddelse af aktier eller anparter.

Det bemærkes i den sammenhæng, at Danmark ikke hverken i forbindelse med 1991-loven, 2001-loven¹³ eller senere implementerede koncernregnskabsdirektivets fakultative bestemmelse i artikel 12 omhandlende horisontale koncerner. Begrundelsen herfor fremgår ikke med klarhed af forarbejderne.

Konstateres kan det imidlertid, at Erhvervsudvalget i forbindelse med ændringer af ÅRL i 2001 reelt atter overvejede koncernregnskabspligt for horisontale koncerner, idet der blev fremsat forslag herom, udarbejdet tillægsbetænkning herom, og idet der i øvrigt blandt Erhvervsudvalgets medlemmer var flertal for at indføje en § 109 a herom, ligesom nødvendige formuleringer til definitionen i lovens bilag 1 B vedrørende vandrette koncerner var forberedt.

¹³ Lov nr. 448 af 7. juni 2001.

I forbindelse med udvalgets yderligere udredninger faldt forslaget. Af forarbejderne ses ikke noget specifik begrundelse herfor; dog ses det refereret, at udvalgets udredning havde påvist, at kun få medlemslande (Belgien, Holland og Grækenland) havde implementeret koncernregnskabsdirektivets artikel 12 om horisontale koncerner, hvorfor dette faktum må antages at have haft betydning for den endelige beslutning om ikke i det vedtagne lovforslag at have inkluderet en ny koncernregnskabsforpligtelse for horisontale koncerner.¹⁴

Med hensyn til koncerndefinitionen for moder-/datterkoncerner bibeholdte 2001-loven i alt væsentlighed den koncerndefinition, som blev indført med 1990-loven. Ændringerne var mindre og i al væsentlighed af sproglig karakter.

Interessant er det imidlertid, at én af disse sproglige ændringer gik fra sammenkædningen i 1991-loven af ”bestemmende indflydelse over virksomheden” til 2001-lovens formulering om ”bestemmende indflydelse over en anden virksomheds driftsmæssige og finansielle ledelse”.

Ændringen kan ses som indikation for den større bevidsthed, som allerede i disse år opstod i forhold til IAS 27-standarden, der betonedede ”power to govern financial and operating policies” – og netop ikke et bredere felt af beslutningskompetence (jf. også kapitel 4).

Som allerede beskrevet blev det med Forordning 1606/2002 obligatorisk for alle børsnoterede koncerner fra 1. januar 2005 at udarbejde koncernregnskab efter EU IAS 27-standarden.

I konsekvens heraf blev som allerede tidligere angivet forud for forordningens ikrafttræden i 2003 gennemført en ændring i ÅRL med henblik på opnåelse af et vist minimum af ensartethed mellem de to regelsæt.¹⁵

Forpligtelsen til at aflægge koncernregnskaber efter EU IAS 27-standarden fulgte ifølge sagens natur af forordningen, omend hjemlen til at forlange udarbejdelse af koncernregnskaber for alle danske koncerner fremdeles antages at fremgå af ÅRS’s § 109 med de fritagelser og undtagelser, som i øvrigt følger af loven henholdsvis forordningen, jf. også hvad tidligere er anført herom.

I forordningen var i artikel 5 imidlertid indeholdt en række valgmuligheder, som medlemsstaterne kunne udnytte ved at fastsætte regler herom i de nationale regnskabsregler.

¹⁴ Erhvervsudvalgets betænkning vedrørende L 138 – bilag 50, og tillægsbetænkning nr. 138 af 10. maj 2001.

¹⁵ Lov nr. 99 af 18. februar 2004.

Det fulgte tillige af forordningen, at de nationale myndigheder skulle etablere en effektiv regnskabskontrol, hvilket i 2003 gav anledning til fremsættelse af et lovforslag, hvorefter Fondsrådet for Danmarks vedkommende blev formel kontrol instans (idet sekretariatsfunktionen for finansielle virksomheder blev placeret hos Finanstilsynet og sekretariatsfunktionen for de ikke-finansielle børsnoterede selskaber blev lagt hos Erhvervsstyrelsen).¹⁶ Efter Fondsrådets nedlæggelse blev opgaven pr. 1. januar 2013 overført til Finanstilsynets bestyrelse.

Status blev i dansk sammenhæng et krav om, at alle børsnoterede koncerner skal aflægge koncernregnskaber efter IASB-standarderne, medens ikke-børsnoterede koncerner kan – men ikke skal - anvende regnskabsstandarderne.

For så vidt angår individuelle regnskaber blev reglerne implementeret på en sådan måde, at børsnoterede selskabers individuelle regnskaber fra 2009 skulle (men også tidligere kunne) aflægges efter IASB-standarderne, medens ikke-børsnoterede virksomheder kunne anvende IASB-standarderne.

Endvidere blev ÅRL § 137 ændret med henblik på også at regulere adgangen til at udvikle standarder for både ikke-noterede og noterede virksomheder.

6.1.1.3 *Koncernregnskabsretten fra 2006 til 2015*

Når det gælder perioden fra 2006 og frem til nutiden er den kendetegnet ved, at en række markante ændringer er sket af såvel national, EU-retlig og international koncernregnskabsregulering, sådan som disse er behandlet i kapitlerne 4 - 6.

Blandt de væsentligste milepæle i forhold til denne afhandling kan regnes: 1. ændringen med ÅRL 2009-loven af det nationale koncernregnskabsretlige koncernbegreb, 2. vedtagelsen af et nyt regnskabsdirektiv (2013), som skal implementeres i sommeren 2015 og have virkning for regnskaber, der aflægges fra 1. januar 2016, 3. introduktionen af IFRS 10-regnskabsstandarden.

6.1.1.3.1 ÅRL 2009-loven

L 170 om ændring af SL og L 171 om ændring af blandt andet ÅRL blev behandlet parallelt, idet der blev skrevet fælles betænkning, og idet de politiske forhandlinger og procedurer kørte parallelt.

Denne fremgangsmåde havde meget for sig, idet en del ændringer i de to regelsæt var indbyrdes konsekvensændringer, men også fordi en række væsentlige materielle spørgsmål blev behandlet ud fra et ønske om at opnå størst mulig ensartethed.

¹⁶ Lovforslag L 214/2003 – som vedtaget i lov nr. 491 af 9. juni 2004.

Et eksempel på sidstnævnte var ændringen i de to regelsæt af de respektive koncerndefinitioner, og i begge tilfælde blev det anset for væsentligt at opnå ensartethed i forhold til IAS 27 (2008)-standarden.

Således fremgår det af bemærkningerne til L 171, punkt 2.4.5 som følger:

”Det foreslås at ændre årsregnskabslovens definitioner i forbindelse med koncernforhold således, at de svarer til definitionerne i den foreslåede nye lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven). Med de nye definitioner sikres det samtidig, at årsregnskabslovens definitioner i forbindelse med koncernforhold bliver de samme som i den internationale regnskabsstandard IAS 27.....

Med den foreslåede ændring anses alle indholdsmæssige forskelle mellem årsregnskabsloven og IAS 27 i forhold til koncerndefinitionen at være fjernet.Ordlyden af de foreslåede definitioner er ikke på alle områder den samme som IAS 27. Dette skyldes udelukkende, at ordlyden er tilpasset strukturen i de danske virksomheder. Der er ikke tiltænkt materielle forskelle”.

Den nævnte målsætning om fuldstændig overensstemmelse mellem ÅRL 2009's koncernbegreb og koncernbegrebet i IAS 27 (2008), som den er analyseret i denne afhandlings afsnit 4.3, inddrages i nærværende kapitels senere afsnit, hvori analyseres gældende ret i forhold til den danske årsregnskabslovs koncerndefinition, og yderligere bemærkninger hertil vil ikke blive fremsat på dette sted i afhandlingen.

Når det i dansk national koncernregnskabsregulering overhovedet kunne komme på tale at indføre en (næsten) IAS (2008)-konform koncerndefinition, beror det på det allerede nævnte forhold, at koncernregnskabsdirektivet i 2003 var blevet ændret, således at koncernregnskabsdirektivet ikke længere stillede indholdsmæssige hindringer i vejen herfor.¹⁷ Væsentligst var i denne sammenhæng fjernelsen af kravet om, at en koncernmoder skulle besidde kapitalandele i en koncerndatter.

6.1.1.3.2 Implementering af regnskabsdirektivet (2013)

Den 29. juni 2013 blev dir. 2013/34/EU vedtaget (regnskabsdirektivet (2013)). Direktivet erstatter regnskabsdirektivet (4. selskabsdirektiv) og koncernregnskabsdirektivet (7. selskabsdirektiv) og skal som allerede anført være implementeret 1. juli 2015 og således, at den ændrede nationale regnskabsregulering skal gælde for regnskaber, der udarbejdes fra 1. januar 2016 og senere.

Bemærkelsesværdigt er det i forhold til denne afhandlings emne, at der nu i i artikel 2 i regnskabsdirektivet (2013), som indeholder en opstilling af definitioner for

¹⁷ Direktiv 51/2013/EF om ændring af direktiv 78/660/EØF, 83/349/EØF og 91/674 om årsregnskaber og konsoliderede regnskaber for visse selskabsformer, banker og andre penge- og finansieringsinstitutter samt forsikringsselskaber.

direktivet som helhed, er indføjet definitioner af begreberne ”modervirksomhed”, ”dattervirksomhed” og ”koncern”.

Mest interessant er i denne sammenhæng definitionen af ”modervirksomheden”, idet en sådan eksisterer, når en virksomhed ”kontrollerer” én eller flere dattervirksomheder. Anvendelsen af ordet ”kontrollerer” har ikke tidligere været anvendt i koncernregnskabsdirektivet, hvor den ”bestemmende indflydelse” alene har været det centrale begreb.

Udelukkes kan det vel ikke, at ordet ”kontrollerer” er valgt i lyset af Kommissionens erklærede ønske om en stadig større samordning mellem regnskabsdirektiv og internationale regnskabsstandarder, idet såvel IAS 27 (2008) som IFRS 10 anvender kontrolbegrebet, om end kontrolbegrebet i de to standarder er forskelligt.

Den nye koncerndefinition i artikel 2 synes dog ikke at have haft afgørende betydning for formuleringen af artikel 22, der erstatter koncernregnskabsdirektivets artikel 1 og 12. Heri anvendes begrebet ”koncern” fortsat ikke, idet der tales om konsolideringskreds og konsoliderede regnskaber.

Den nye artikel 22, stk. 1, den obligatoriske del, er struktureret anderledes og indeholder enkelte formulingsmæssige ændringer – men ændringer af afgørende indholdsmæssig betydning ses ikke at foreligge. Hvad angår artikel 22, stk. 2, de fakultative elementer, ses en formulingsmæssig udvidelse af koncernbegrebet, alt jf. afsnit 5.2.2.5 ovenfor.¹⁸

Væsentlige indholdsmæssige ændringer har da ejheller være formålet med den nye artikel 22; i explanatory memorandum til direktivforslaget¹⁹ konkluderes lakonisk, at der ikke er tilsigtet ændringer i forståelsen af begreberne modervirksomhed og dattervirksomhed.

En ikke ubetydelig ændring var imidlertid på tegnebrættet fra Kommissionens side.

Som det fremgår af det første direktivudkast og af ”explanatory memorandum” i tilknytning hertil var det fra Kommissionens side et ønske, at den hidtidige valgfrie mulighed for konsolidering, når der foreligger de facto magt til, eller faktisk udøves, bestemmende indflydelse eller kontrol over en virksomhed, skulle gøres obligatorisk.²⁰

¹⁸ Se også H. Beckman, The New EU-Directive on Annual and Consolidated Financial Statements and Related Management Reports, European Company Law 10, No. 6, 2013, side 199-212, der efter en beskrivelse af det nye direktivs artikel 22 med baggrund i hollandsk ret konkluderer som følger: ”The content of the New Directive shows that most modifications are not very material”.

¹⁹ COM/2011/0684 final, punkt 4.1

²⁰ COM/2011/0684 final – 2011/0308 (COD), punkt 4.6.

Et sådant skridt ville på unionsplan have ført den nye direktivbaserede regnskabsmæssige koncerndefinition et yderligere skridt tættere på IASB-standardernes krav om konsolidering i SPE-virksomheder (SIC 12) eller strukturerede virksomheder (IFRS 10) og i øvrigt tættere på klassisk kontinentaleuropæisk koncernregnskabstænkning.

Ændringsforslaget faldt dog i forbindelse med direktivets førstebehandling i Parlamentet, hvorefter de facto bestemmende indflydelse eller kontrol i den beskrevne form (artikel 22, stk. 2) fortsat ikke er obligatorisk koncernindikation.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at den nye koncerndefinition er ”ufuldkommen”. Det nye regnskabsdirektivs artikel 22, stk. 7, indeholder en valgfri mulighed for at implementere krav om konsoliderede regnskaber i horisontale koncerner, og en definition heraf ses ikke blandt de øvrige definitioner i direktivets artikel 2.

Det kan, under henvisning til det tidligere citat af Hermann Niessen, hermed konstateres, at nok blev der i regnskabsdirektivet (2013) indført en definition af ”koncern” – men ”a cumbersome definition of the phenomenon” består fortsat nu i artikel 22.

På tidspunktet for denne afhandlings tilblivelse har der været gennemført høring over L 117, som skal implementere direktivet. Af det fremlagte lovforslag fremgår, at der ikke tilsigtes ændringer af den eksisterende koncerndefinition i bilag 1B, ligesom der ej heller i denne omgang agtes indført pligt til udarbejdelse af konsoliderede regnskaber i horisontale koncerner.

Med de forbehold, der følger af, at loven netop endnu ikke er færdigbehandlet endsige vedtaget, må antages, at der ikke sker ændringer hverken i forhold til indhold, semantiske problemstillinger eller placering af ÅRL’s koncerndefinition.

6.1.1.3.3 EU IFRS 10

Med vedtagelsen af Forordning 1254/2012 blev EU IAS 27 (2008) afløst af EU IFRS 10.

(EU) IFRS 10 indgår i en samlet ”pakke” bestående af i alt 5 standarder, der alle har det til fælles, at de omhandler regnskabsmæssige problemstillinger i tilknytning til forskelligartede relationer mellem virksomheder (jf. også afsnit 4.4.1).

Det må herefter konstateres, at national dansk regnskabs- og selskabslovgivning ej længere indeholder koncerndefinitioner, der afspejler det tidligere beskrevne ønske om at lægge sig tæt op ad de internationale regnskabsstandarde. EU IFRS 10-standard er ganske enkelt såvel i sin formulering som i sin principbaserede

opbygning og investororienterede natur afgørende forskellig fra IAS 27 (2008), der lå til grund for formuleringen af såvel ÅRL's som SL's koncerndefinitioner.

Når det er sagt, er det fortsat omtvistet, i hvilket omfang konsolideringsadfærden vil ændres som følge af overgangen fra IAS 27 (2008) til IFRS 10. Se nærmere herom i afsnit 4.5.

Der henvises til afhandlingens afsnit 4.4 for en analyse af indholdet af IFRS 10-koncerndefinitionen, ligesom der henvises til afsnit 4.5 for en analyse af forskellene mellem IFRS 10 og andre væsentlige nationale koncernbegreber.

Konstateres kan det imidlertid, at der set fra et dansk synspunkt ikke med indførelsen af EU IFRS 10-standarden kom et afgørende brud med dansk semantisk praksis.

I modsætning til andre lande, hvor IFRS 10-standarden anvender betegnelsen kontrol eller tilsvarende begreber (engelsk "control", men tysk "Beherrschung", fransk "contrôle") anvendes i den danske udgave af EU IFRS 10 samme sprogbrug, som oprindeligt anvendtes i regnskabsdirektiverne ("bestemmende indflydelse"), ligesom dansk sprogbrug i en række andre sammenhænge afspejler en manglende udvikling af det semantiske begrebsapparat, når det handler om koncernrelaterede problemstillinger.

I tilknytning til indførelsen af EU IFRS 10 blev den tidligere nævnte IFRS bekendtgørelse 1329/2004 ophævet og erstattet af bekendtgørelse 930/2014, som ikke på afgørende punkter adskiller sig væsentligt i forhold til forgængeren, når det handler om afgrænsning af konsolideringskredsen (koncerndefinitionen).

6.1.2 Hjemlen til krav om aflæggelse af koncernregnskaber

Uanset om der i dansk sammenhæng er tale om krav om koncernregnskaber i noterede eller ikke-noterede koncerner, skal hjemlen hertil findes i ÅRL § 109.

Det fremgår således af IFRS-bekendtgørelsens § 8 (bek. 930/2014), at ÅRL's bestemmelser og definitioner (og herunder således også definitioner af "koncern", "modervirksomhed" og "dattervirksomhed") finder anvendelse ved afgørelse af, om en virksomhed har pligt til at udarbejde koncernregnskab, medens IASB-standarden finder anvendelse ved fastlæggelse af, hvilke virksomheder, der er omfattet af konsolideringspligten.

I modsat retning trækker imidlertid samme bekendtgørelses § 2, hvorefter standarderne har forrang for ÅRL's regler, hvor samme forhold måtte være reguleret.

Samme fremgår af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vejledning af 14. marts 2005 til den tidligere IFRS-bekendtgørelse, der tillige anfører, at der kan være forskel på de to regelsæts koncerndefinitioner:

”Årsregnskabslovens koncerndefinition kan afvige fra koncerndefinitionen i IFRS. Det er årsregnskabslovens bestemmelser, der afgør, om en virksomhed er en modervirksomhed og dermed som udgangspunkt forpligtet til at udarbejde koncernregnskab”.

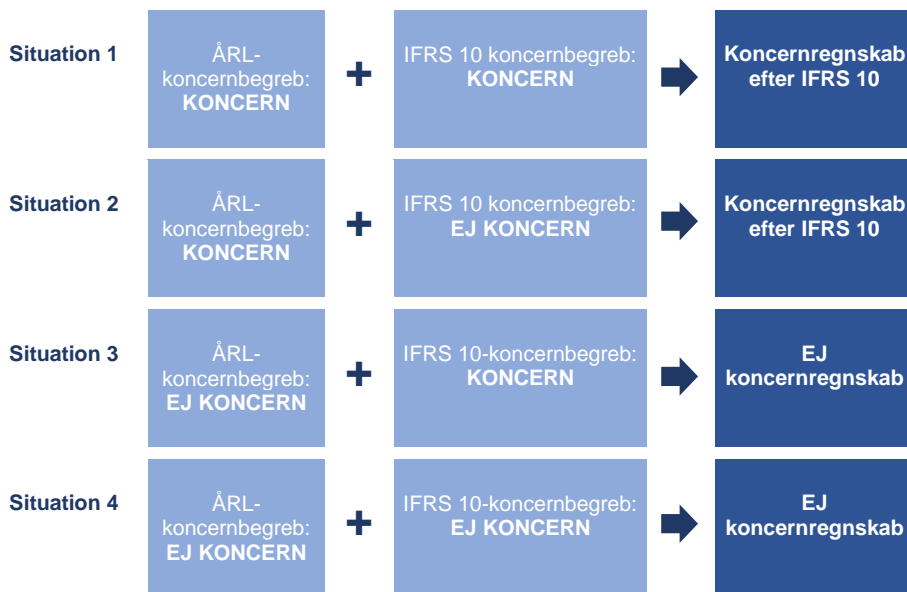
Med andre ord er etableret en retstilstand, hvor hjemlen til at kræve koncernregnskaber findes i eet regelsæt – og afgrænsningen af konsolideringskredsen (koncernbegrebet) findes i et andet, jf. også hvad allerede tidligere er anført herom.

En sådan retstilstand har såvel i Danmark²¹ som i andre EU-medlemslande været kritiseret. Danmark havde frem til 2009 ikke i den nationale lovgivning en koncerndefinition, der svarede til IASB-standarderne, ligesom det ejheller er tilfældet efter 1. januar 2014 med indførelsen af EU IFRS 10-standarden. Samme gør sig gældende i andre medlemslande.

Som illustreret i figur 6.1 kan forskelle i koncerndefinitioner medføre retsusikkerhed og utilsigtede retsvirkninger i forhold til koncernregnskabspligten for børsnoterede selskaber:

²¹ Se Jan Fedders og Henrik Steffensen i Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder – fra dansk praksis til IFRS, 4 udgave, side 51, hvor de beskriver det som ulogisk, at koncernregnskabspligten for børsnoterede selskaber bestemmes af lokal lovgivning.

Figur 6.1 Hjemmelskravet i ÅRL § 109 i forhold til koncernbegreberne i ÅRL og IFRS 10



Særligt påkalder sig i ovenstående illustration situationerne 2 og 3 opmærksomhed.

I situation 2 er der tale om, at ÅRL's koncerndefinition fører til koncernregnskabspligt og dermed udarbejdelse af et koncernregnskab efter de principper, der fremgår af EU IFRS 10 og med inddragelse af den under IFRS 10 beskrevne konsolideringskreds – men altså uden i øvrigt at være en koncern i EU IFRS 10-forstand.

I situation 3 kræver ÅRL ikke udarbejdelse af koncernregnskab i en situation, hvor EU IFRS 10 koncerndefinitionen i øvrigt ville føre til udarbejdelse af koncernregnskaber.

Som det fremgår, vil der med indførelsen af EU IFRS 10 efter omstændighederne kunne opstå væsentlig retsusikkerhed i tilknytning til koncernregnskabspligten, hvilket i dansk sammenhæng især vil have betydning forudsat, at også praksis måtte komme til af afspejle, at EU IFRS 10-standardens koncernbegreb er væsentligt forskelligt fra IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb.

Det kan i den sammenhæng tillige synes inkonsekvent overhovedet at indføre en forordningsbestemt standard med et indbygget koncernbegreb, hvis en sådan

udtrykkeligt i henhold til ÅRL's bestemmelser, men uden angivelse heraf i selve EU IFRS 10-standarden, ikke skal anvendes.

Det bemærkes da også hertil, at IASB-standardernes koncernbegreber i betydeligt omfang ses at blive lagt til grund, når der er tale om børsnoterede selskaber, både i forbindelse med de nationale tilsynsmyndigheders afgørelser, i retsvidenskaben og i de førende revisionsfirmaer.²²

Hvor uhensigtsmæssig den ovenfor analyserede retstilstand i øvrigt måtte synes at være, er det uomtvistet, at denne retstilstand har været tilsigtet.

Kommissionen anfører herom i 2003²³ som følger: ”Da IAS-forordningen kun gælder for ”koncernregnskaber”, har den kun virkning, når sådanne konsoliderede regnskaber kræves. Hvorvidt et selskab skal udarbejde konsoliderede regnskaber eller ej, afhænger fortsat af de nationale bestemmelser, der gennemfører syvende direktiv.....”.

Hvis der er en logik i forhold hertil,²⁴ må den således begrundes i det forhold, at EU-retten ønsker at lade en koncernregnskabspligt, der beror på implementering i national lov af koncernregnskabsdirektivets (og nu regnskabsdirektivet (2013)) koncerndefinition, gå forud for den i regnskabsstandarden angivne koncerndefinition.

En alternativ løsningsmodel, som i højere grad ville afspejle de internationale regnskabsstandards globale perspektiv, kunne have været den forordningsmæssigt at lade hjemlen til krav om koncernregnskabspligt for børsnoterede selskaber følge med udgangspunkt i EU IAS 27 (nu EU IFRS 10) standarden, og i stedet ud fra en form for direktivbaseret risidualbetragtning at have ladet den direktivbaserede nationale lovgivning regulere koncernregnskabspligten i henhold til de koncerner, som ikke er børsnoterede, og som netop ikke omfattes af koncerndefinitionerne i de internationale regnskabsstandarde.

Hermed ville i det mindste i denne henseende have været sikret den ensartethed i konsolideringspraksis, som forudsættes af de internationale børser, og som har været eet af de bærende elementer også for EU-rettens valg af IASB-standarden.

²² Se f.eks. i dansk sammenhæng Jan Fedders og Henrik Steffensen i Årsrapport efter internationale regnskabsstandarde – fra dansk praksis til IFRS, 4. udgave, side 280 ff, og Peder Fredslund Møller i Introduktion til Koncernregnskaber, 12. reviderede udgave, side 14 ff.

²³ Bemærkninger til visse artikler i Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1606/2002 af 19. juli 2002 om anvendelse af internationale regnskabsstandarde og Rådets fjerde direktiv 78/660/EØF af 25. juli 1978 og Rådets syvende direktiv 83/349/EØF af 13. juni 1983 om regnskaber, side 7, afsnit 2.2.2.

²⁴ Se Jan Fedders og Henrik Steffensen i Årsrapport efter internationale regnskabsstandarde – fra dansk praksis til IFRS, 3. udgave, side 48, hvor de beskriver det som ulogisk, at koncernregnskabspligten for børsnoterede selskaber bestemmes af lokal lovgivning.

6.1.3 ÅRL's koncernbegreb

En retsdogmatisk analyse af ÅRL's koncernbegreb stiller sig som allerede nævnt billedligt talt på skuldrene af tre koncernregnskabsretlige forståelser og den historiske baggrund herfor.

Til grund for ÅRL's koncernbegreb ligger således for det første (en beskeden) national dansk regnskabsretlig forståelse af koncernen, dernæst den EU-regnskabsretlige og direktivbaserede forståelse af koncernbegrebet, som denne er analyseret i afsnit 5.2, – og ikke mindst forståelsen af koncernbegrebet, som det er analyseret i afhandlingens afsnit 4.3, i det af den danske lovgiver i 2009 valgte forbillede i form af IAS 27 (2008)-standarden.

I forbindelse med dette kapitels analyse af ÅRL's koncernbegreb, tages der udgangspunkt i regnskabsdirektivet (2013), idet dette skal være implementeret i sommeren 2015, ligesom der i forhold til ÅRL vil blive taget udgangspunkt i det lovforslag (L 117 som fremsat 28. januar 2015), som forventes at blive – men altså ikke på tidspunktet for denne afhandling endnu er – vedtaget, og som dermed ventes at implementere direktivet.

Hertil bemærkes, at der for så vidt ÅRL bilag 1 B punkterne 1-4, hvori koncernbegrebets definitioner forefindes, i nævnte lovforslag ikke ses ændringer i forhold til den eksisterende ÅRL, og at der ejheller af bemærkningerne hertil synes at være tilsigtet nogen ændring. Udgangspunktet er med andre ord det koncernbegreb, som med 2009-loven blev indført.

6.1.3.1 Fortolkning af ÅRL's koncernbegreb

6.1.3.1.1 Fortolkningsmæssige principper

ÅRL's koncernbegreb er national lov, men med et direktivbaseret udgangspunkt.

Heraf følger, at koncernbegrebet skal fortolkes EU-konformt, jf. hvad allerede i afsnit 5.2.4.5.1 er anført herom.

I bemærkningerne til forslaget til 2009-loven²⁵ anføres da også specifikt lovgivers forudsætning om, at forslaget var i overensstemmelse med koncernregnskabsdirektivet, og der ses intet belæg for at antage, at de forholdsvis beskedne ændringer i regnskabsdirektivet (2013), jf. også afsnit 6.1.1.3.2, skulle føre til, at 2009-lovens koncernbegreb ikke skulle være i overensstemmelse heller med regnskabsdirektivet (2013).

²⁵ LFF 171 af 25. marts 2009.

Som anført i afsnit 6.1.1, har EU-retten og IASB-standarderne løbende foretaget en tilnærmelse, således at der i substansen erklæret ikke skulle ses nogen indbyrdes modsætning for så vidt angår fastlæggelsen af den regnskabsretlige koncern.

I forbindelse med fortolkning af den danske ÅRL's koncernbegreb får dette betydning, idet den danske lovgiver i langt højere grad end flertallet af øvrige europæiske lande har forudsat, at den danske regnskabsmæssige koncern skulle afgrænses i overensstemmelse med IAS 27 (2008)-regnskabsstandarden, som denne er analyseret i afsnit 4.3.

”Den foreslåede formulering ligger tæt op ad den internationale regnskabsstandard IAS 27, idet der dog er foretaget præciseringer og tydeliggørelse af, hvordan definitionen finder anvendelse for danske virksomheder. Bestemmelsen indeholder således ikke indholdsmæssige forskelle i forhold til IAS 27 og skal fortolkes i overensstemmelse med denne standard. Udstederen af de internationale regnskabsstandarde, IASB, har udstedt et fortolkningsbidrag til IAS 27. Fortolkningsbidraget er benævnt SIC 12. SIC 12 vil således også herefter udgøre et fortolkningsbidrag til den nye koncerndefinition”.²⁶

Ovenstående citat må anses for afgørende for forståelsen af ÅRL's koncernbegreb, idet en sproglig fortolkning jf. straks nedenfor, i øvrigt potentielt kunne føre til andre resultater.

Det kan således allerede nu lægges til grund, at ÅRL's koncernbegreb er et eksempel på ”lovgivning i motiverne”.²⁷

Fra lovmotiverne bør således i forhold til fortolkning af koncernbegrebet fremdrages følgende væsentlige forhold:

- På den ene side er der en særlig ”præciseret og tydeliggjort” betydning af bestemmelsen for danske virksomheder – og på den anden side indeholder bestemmelsen ingen indholdsmæssige forskelle i forhold til IAS 27. Hvori denne særlige anvendelse for danske virksomheder ligger, fremgår ikke klart.
- SIC 12 udgør et fortolkningsbidrag til ÅRL's koncernbegreb – og dette uanset, at ÅRL's koncernbegreb ikke i øvrigt indeholder formuleringer, der måtte føre hertil, men tværtimod fra sin ordlyd har udeladt netop risk-/reward-elementet, som sidstnævnte er analyseret i afsnit 4.3.5.9 i denne afhandling.

²⁶ Punkt 36 i bemærkninger til LFF 171 af 25. marts 2009.

²⁷ Se nærmere herom Lone L. Hansen og Erik Werlauff i Den juridiske metode – introduktion, 2013, side 130.

Læg hertil, at den danske lovgiver i forbindelse med 2009-loven udlod at træffe semantiske valg, der understøttede overgangen til IAS 27 (2008)-koncernbegrebet som forbillede, men i stedet blandt andet fortsatte med det fra tysk ret inspirerede ”bestemmende indflydelse” begreb, som jf. kapitel 5.3.1.2 i hovedsagen tager udgangspunkt i eksistensen af en ”afhængig” virksomhed og en ”herskende” virksomhed.

Ordlydsfortolkning bliver hermed et puslespil, der skal lægges med brikker bestående af især lovmotivernes angivelse af IAS 27 (2008) som det autoritative fortolkningsbidrag, dog modereret med en ikke nærmere angivet ”dansk” dimension, det direktivbaserede koncernbegrebs forståelse, jf. kravet om direktivkonform fortolkning, samt en oprindeligt tysk inspireret terminologi omkring ”bestemmende indflydelse”, som nu altså skal ses med et ikke nærmere angivet nyt indhold.

IAS 27 (2008) er nu afløst af IFRS 10. Kan der i den nationale lovgivers hensigt i lovmotiverne om at lægge sit tæt op ad de internationale regnskaber indfortolkes en forudsætning om, at IFRS 10-koncerndefinitionen skal gælde som fortolkningsbidrag i stedet for IAS 27 (2008)-standarden?

Lovmotiverne er tavse i forhold til dette spørgsmål.

For en sådan antagelse taler den åbenlyse fordel, som i givet fald kunne bevares i forhold til at have relativt enslydende forståelser af den regnskabsmæssige koncern uanset virksomhedernes status som børsnoterede eller ej.

Imod taler dels det forhold, at den i øvrigt tilsigtede lighed med det selskabsretlige koncernbegreb ville gå tabt, såfremt samme ikke kunne antages at gælde i forhold til også dette koncernbegreb, og dels at IFRS 10-koncerndefinitionen i kraft af sin principorientering i endnu højere grad er kompliceret at anvende og for langt størstedelen af koncernregnskabspligtige danske koncernmødre vil være endog meget bekostelig at håndtere, idet specialiseret revisorassistance, jf. hvad tidligere er anført herom, må anses for at være en forudsætning.

I forbindelse med forberedelsen af regnskabsdirektivet (2013) blev overvejet at lade ikke-børsnoterede koncerner underlægge krav om koncernregnskaber efter den såkaldte ”IFRS for SME”-standard, hvilket blev forkastet allerede af den grund, at også denne i sin nuværende udformning og i sammenligning med IFRS 10 langt mindre komplicerede standard, ville være for avanceret for flertallet af ikke-børsnoterede selskaber.

Imod taler også det forhold, at en sådan tilgang ville medføre, at ÅRL’s koncernbegreb i givet fald på visse punkter ville skulle fortolkes i modstrid med sin ordlyd, jf. hvad tidligere i afsnit 4.5 er anført om forskellene på IAS 27 (2008) og IFRS 10, og hvilket utvivlsomt må antages at være at strække princippet om

”lovgivning i motiverne” jfr. ovenfor langt ud over, hvad er både gængs og hensigtsmæssig dansk fortolkningspraksis.

I overensstemmelse hermed er også to af ”The Big 4”-revisionsfirmaerne, der anfører næsten enslydende i deres vejledninger til den danske ÅRL, at nye og opdaterede IAS’ere og IFRS’ere alene kan anvendes som fortolkningsbidrag i det omfang, deres anvendelse ikke strider mod specifikke bestemmelser i ÅRL og ikke er i strid med de internationale regnskabsstandarder, der var gældende på tidspunktet for lovens vedtagelse.²⁸

Endelig taler imod en sådan fremgangsmåde, at arbejdet med udarbejdelsen af IFRS 10 blev igangsat i starten af 2008, og at den danske lovgiver således på tidspunktet for 2009-lovens forberedelse var bekendt hermed og således må antages at have villet formulere sig herom, såfremt en sådan retstilstand ville have været forudsat.²⁹

Inden for selskabsretten synes retslitteraturen overvejende at antage samme.³⁰

Det er således en præmis for denne afhandlings fortolkning af ÅRL’s koncerndefinition, at IAS 27 (2008) – og eksplicit ikke IFRS 10 – skal lægges til grund (og dette uagtet, at alternativet utvivlsomt ville have ført til et langt mere moderne regnskabsmæssigt koncernbegreb).

6.1.3.1.2 Fortolkningsmæssige bidrag

Væsentlige fortolkningsmæssige bidrag er lovforarbejder til såvel ÅRL 2009 som SL 2009,³¹ og herunder ikke mindst selskabslovbetænkningen,³² samt retslitteraturens bidrag i form af monografier og artikler. Afhandlingen indeholder løbende henvisninger hertil.

Når det kommer til dansk praksis efter den nye koncerndefinition i 2009-lovene, er der tale om et meget begrænset antal afgørelser med udgangspunkt i regnskabs- og selskabsretten.

²⁸ Ernest & Young, *Indsigt i ÅRL – EY’s praktiske guide til forståelse af loven*, 1. udgave, 2014/2015, side 37, og KPMG, *Indsigt i ÅRL – KPMG’s praktiske guide til forståelse af loven*, 2012/2013, side 38.

²⁹ Se også Lars Bunch og Ida Rosenberg i *Selskabsloven med kommentarer*, 2. udgave, 2014, side 100, hvor anføres, at IFRS 10 ikke - i hvert fald i tilknytning til selskabsloven – udgør et fortolkningsbidrag. I overensstemmelse hermed også Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff i *Selskabsloven med kommentarer*, 2. udgave, 2014, side 183.

³⁰ Se hertil f.eks. Per Schaumburg-Müller og Erik Werlauff i *Selskabsloven med kommentarer*, 2. udgave, side 182 ff., og samstemmende Lars Bunch og Ida Rosenberg i *Selskabsloven med kommentarer*, 2. udgave, 2014, side 100.

³¹ Lovforslag 170 og 171, 2008-09.

³² Bet. 1498, 2008, Modernisering af selskabsretten.

Imidlertid anvendes inden for skatterettens regler om sambeskatning et koncernbegreb, der er afledt af SL's koncernbegreb, og en righoldig praksis fra skatterettens område er til rådighed.

Også skatteretlige afgørelser har per se forskellig præjudikatværdi, ligesom anvendelse af skatteretlige afgørelser i en regnskabs- og selskabsretlig sammenhæng må ske på baggrund af erkendelsen af de respektive retsområders forskellige formål.³³

At SKAT overhovedet kan foretage selvstændig efterprøvelse af, om der foreligger en koncern i en særlig skatteretlig henseende, blev bekræftet i SKM 2014.174 SR, hvor SKAT i en konkret sag om sambeskatning henholdte sig til, at koncernbegrebet selskabsskattelovens § 31 C ikke var så bred som i IFRS 10. Efter Skatterådets opfattelse var SKAT's vurdering i den konkrete sag forkert, men det ændrer ikke på, at partens henvisning til koncernbegrebet i IFRS 10 ikke udelukkede SKAT's efterprøvelse i henhold til en skatteretlig lex specialis-betragtning.

Denne seneste tilkendegivelse fra SKAT kommer efter SKM 2010.733 SR, hvor Skatterådet fandt, at "en række selskaber indgik i den obligatoriske sambeskatning efter SEL § 31 i det omfang de var regnskabsmæssigt konsoliderede efter IAS 27."

Se tillige SKM 2013.278 SR, hvor Skatterådet anfører som følger: "Der må derfor også lægges vægt på, at formålet med at ændre koncerndefinitionen var, at koncerner skal kunne anvende den samme koncerndefinition både ved skatteberegningen efter sambeskatningsreglerne og når der aflægges koncernregnskab.....Spørger har oplyst, at der ikke sker regnskabsmæssig konsolidering efter IAS 27. Dette er ikke efterprøvet, men det lægges som forudsætning til grund, at A og de to danske ejendomsselskaber ikke er regnskabsmæssigt konsoliderede efter IAS 27 eller efter danske regler".

En vis præjudikatsværdi må tillige de i ESMA-databasen offentliggjorte ekstrakter af afgørelser fra europæiske tilsynsmyndigheder tillægges.

Ekstrakterne udmærker sig ved at tilføre dansk retstradition en international tilgang til et for dansk ret relativt fremmed begrebsapparat. Forbehold må imidlertid tages især i to henseender: For det første er der tale om ekstrakter alene, idet de pågældende tilsynsmyndigheder ikke fremlægger fyldestgørende og konkrete gengivelser af faktum, men alene korte gengivelser tilpasset de udvalgte elementer af jus, som myndigheden har valgt at fokusere på.

³³ Se herom f.eks. Erik Werlauff i Selskabsret, 9. udgave, 2013, side 618.

For det andet er det som angivet tidligere forskningsmæssigt dokumenteret, at der er væsentlige nationale forskelle i implementeringen af IASB-standarderne. Der er således tale om nationalt betingede varianter af ”gældende ret” for så vidt angår anvendelsen af de pågældende standarder.

I overensstemmelse med, hvad ovenfor er angivet for så vidt angår fortolkningsmæssige principper, udgør de fortolkningsmæssige bidrag en bredere vifte end det grundlag, som national ret almindeligvis analyseres på, herunder (men ikke udtømmende) lovteksten, forarbejderne hertil, direktivteksten og ”explanatory memorandums” og andre forarbejder hertil, praksis fra danske og internationale domstole og tilsyn, retsvidenskabelige kilder, analogier fra andre retsområders tilsvarende regulering mv.

Således er IAS 27 (2008)-standarden i ”Classic-” og ”EU-versionerne betydningsfulde, og herunder i særdeleshed den praksis, som knytter sig hertil relevante kilder til forståelsen af ÅRL’s koncernbegreb. Tillige udgør revisorstandens forskellige bidrag til IASB-organisationen en righoldig kilde til forståelse af det i dansk sammenhæng nye koncernbegreb, og www.ifrs.org er en uvurderlig informationskilde.

En særlig kilde udgør også den meget omfattende publikationsvirksomhed, som ”The Big 4” både nationalt og internationalt har. Når sådanne kilder imidlertid anvendes, må det ske med behørig respekt for, at der til grund for disse fremstillinger ligger økonomiske spørgsmål og økonomiske svar, hvilket stiller store krav til juristens anvendelse af sådanne kilder i en retlig sammenhæng.

Endelig er praksis i form af danske og internationale koncerners regnskaber, som de nu offentliggøres på internettet en væsentlig kilde til en anvendelsesorienteret tilgang (og dermed også en pragmatisk tilgang i de tilfælde, hvor juraen på sit nuværende udviklingstrin i forhold til de pågældende regler ikke formår at give svarene for så vidt angår gældende ret).

Der ses ingen nationale (FSR) vejledninger at foreligge med relevans for det regnskabsmæssige koncernbegreb.

6.1.3.2 *Elementerne i ÅRL’s koncernbegreb*

I ÅRL er koncerndefinitionen henvist til bilag 1, som generelt indeholder definitioner i tilknytning til lovens bestemmelser. I bilag 1 indeholdes således i afsnit B definitionen af blandt andet koncernen, modervirksomheden, dattervirksomheden og begrebet ”bestemmende indflydelse”.

6.1.3.2.1 Anvendelsesområdet

I henhold til ÅRL § 109, stk. 1, er det koncernmødre, der er omfattet af ÅRL § 3, stk. 1, som i udgangspunktet er forpligtede til at aflægge koncernregnskab. Omfattet er således:

- Aktie-, partner- og anpartsselskaber.
- Interessentskaber og kommanditselskaber, hvori alle interessenterne henholdsvis komplementarerne er enten aktie-, partner- eller anpartsselskaber eller, hvor der er tale om interessentskaber eller kommanditselskaber, hvori alle interessenter henholdsvis komplementarer er aktie-, partner- eller anpartsselskaber eller har en lignende retsform.
- Erhvervsdrivende fonde.
- Virksomheder, foreninger og andelsselskaber med begrænset ansvar.
- Europæiske andelsselskaber.

Kendetegnende er det for de nævnte virksomheder og/eller virksomhedskonstruktioner, at det hæftelsesmæssige grundlag beror på, at der direkte eller indirekte er indbygget et begrænset ansvar.

Af ÅRL § 109, stk. 2, følger endvidere, at der i ”uægte” lodrette koncerner, hvor f.eks. fysiske personer, en enkeltmandsvirksomhed, interessentskaber med fysiske ejere og andre, der ikke er forpligtet til at aflægge regnskaber efter ÅRL, og hvor disse reelt udøver kontrol over en virksomhedsgruppe, og i horisontale koncerner ikke foreligger pligt til udarbejdelse af koncernregnskaber.

6.1.3.2.2 ÅRL, bilag 1 b, nr. 1: Koncern

Den regnskabsretlige koncern er beskrevet i bilag 1 b, punkt 1, hvor koncernen defineres som en modervirksomhed og alle dens dattervirksomheder. Beskrivelsen er enslydende i forhold også til IAS 27 (2008) og regnskabsdirektivets (2013) beskrivelse af koncernen.

Det bemærkelsesværdige er således ikke beskrivelsen af koncernen, men som allerede anført tidligere, at den danske ÅRL faktisk i sin definition af den regnskabsmæssige enhed anvender begrebet ”koncern”; i regnskabsdirektivet (2013) anvendes på engelsk ”group”, på tysk ”Gruppe” og på fransk ”groupe”, jf. hvad i øvrigt i afsnit 2.2.1 er anført om forskellen herpå.

6.1.3.2.3 ÅRL, bilag 1 b, nr. 2: Modervirksomhed

I ÅRL er definitionen af ”modervirksomhed” en central bestemmelse, idet tilstedeværelsen af en modervirksomhed er ”lakmusprøven” i forhold til eksistensen af en regnskabsretlig koncern.

I modsætning hertil er f.eks. IAS 27 (2008)-standarden, hvor dattervirksomheden er det definitoriske udgangspunkt jf. straks nedenfor.

For første led, modervirksomheden, gælder, at modervirksomheden (modsat det selskabsretlige koncernbegreb) kan være - men ikke nødvendigvis behøver at være - et kapitalselskab.

Kun én modervirksomhed:

Modsat hvad gælder i visse bestemmelser i skatteretten, gælder det for det regnskabsretlige (og også for det selskabsretlige) koncernbegreb, at der alene kan være tale om een koncernmoder.³⁴

I tilknytning hertil er specifikt anført, at der alene kan være tale om én ”direkte” modervirksomhed, hvilket afspejler, at en koncerndatter i praksis kan have flere ”lag” af koncernmødre i kraft af muligheden for etablering af strukturer med underkoncerner, ligesom formuleringen også tager højde for det forhold, at såvel direkte som indirekte indflydelse har betydning for koncernindikationen, jf. senere.

I regnskabsdirektivet (2013) understreges dette i forbindelse med definitionen af koncerndatter med angivelse af formuleringen ”øverste modervirksomhed”.³⁵

En virksomhed er koncernmoder, når denne har ”bestemmende indflydelse”, jf. nærmere herom nedenfor, over én eller flere dattervirksomheder.

I regnskabsdirektivet (2013) anvendes i den dansk sprogversion her ”kontrollerer”, tysk ”kontrollieren” og engelsk ”controls”, og i IAS 27 (2008) anvendes ”controls”.

Konkurrende opfyldelse af koncernkriterier:

Efter bestemmelsen præciseres, at den virksomhed, der ”faktisk kan udøve den bestemmende indflydelse” er koncernmoder i situationer, hvor flere virksomheder opfylder koncernkriterierne jf. ”bestemmende indflydelse”-begrebet, som dette behandles nedenfor.

Regnskabsdirektivet (2013) er tavs om ”konkurrerende” koncernindikationer, når bortses fra bestemmelsen i artikel 22, stk. 1, litra d, om, at artikel 22, stk. 1, litra d.i. viger for artikel 22, stk. 1, litra a-c.

Således reguleres ikke eksplicit situationen, hvor f.eks. virksomhed A besidder flertallet af stemmerettigheder i virksomhed C, og hvor virksomhed B samtidig har retten til at udnævne flertallet af medlemmerne i virksomhed C’s ledelse.

³⁴ Se hertil også i afsnit 5.2.2, hvad er anført om regnskabsdirektivet (2013) i spørgsmålet om én eller flere modervirksomheder.

³⁵ Artikel 2, nr. 10.

En streng ordlydsfortolkning af artikel 22 måtte herefter føre til, at både A og B skal konsolidere.

Dette er imidlertid ikke i overensstemmelse med den implementeringspraksis, som kan iagttages, og kan ejheller under hensyntagen til de overordnede betragtninger om konvergens med IASB's standardernes koncernbegreber antages at være udtryk for gældende ret.

Det er indledningsvis væsentligt at understrege bestemmelsens ordlyd, der forbeholder bestemmelsens anvendelse alene til situationer, hvor der altså netop er tale om "konkurrerende" koncernindikationer.³⁶ Bestemmelsen handler således ikke i et bredere perspektiv om "faktisk udøvelse", jf. også nedenfor.

I dansk skatteretlig sammenhæng beskrives i TfS 2010, 1022 en sådan situation: Aktionær A besad 50 % af stemmerettighederne og havde retten til at udpege bestyrelsensformanden, hvis stemme var afgørende i tilfælde af stemmelighed. Mellem aktionærerne var tillige indgået en aktionæroverenskomst, hvorefter centrale beslutninger krævede 100 % flertal, og hvor der var et 100 % quorum-krav. Udstrækningen af de beslutninger, der var omfattet af den således reelt etablerede vetor, havde et væsentligt omfang, hvorved bestyrelsesformanden reelt ikke i sådanne situationer kunne drage nytte af sin afgørende stemme.

Dernæst er ordet "faktisk" væsentligt. Fortolkningen af ordlyden afslører, at "faktisk" i ÅRL og SL har forskellig betydning trods næsten enslydende formuleringer:

ÅRL bilag 1 b, nr. 2:

"...Hvis flere virksomheder opfylder eet eller flere af kriterierne i nr. 4, er det alene den virksomhed, som *faktisk kan udøve* (min fremhævelse) den bestemmende indflydelse til at styre virksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være modervirksomhed."

SL § 6, 2. pkt.:

"...Hvis flere selskaber opfylder et eller flere af kriterierne i § 7, er det alene det selskab, som faktisk udøver (min fremhævelse) den bestemmende indflydelse over virksomhedens økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab."

³⁶ Se lovbemærkningerne L 170 2008-2009, punkt 36: "Dermed gøres der op med den nuværende usikkerhed, hvor flere virksomheder opfylder definitionen på en modervirksomhed efter den gældende definition i bilag 1, B.4. Med den foreslåede præcisering fremgår det nu klart, at kun én af virksomhederne vil være modervirksomhed. Den virksomhed, som baseret på en konkret vurdering reelt har den bestemmende indflydelse, vil herefter være modervirksomhed".

I ÅRL's sammenhæng illustreres forskellen bedst ved i sammenhængen forsøgsvis at erstatte ordet "faktisk" med "reelt". Herved står det klart, at "faktisk" udtrykker, at den ene virksomhed har en "tungere" koncernindikation end den anden i den indbyrdes konkurrence.

Bemærkningerne til LFF 171 lyder i kommentaren til bestemmelsen: "Med den foreslåede præcisering står det nu klart, at kun én af virksomhederne vil være modervirksomhed. Den virksomhed, som baseret på en konkret vurdering reelt har den bestemmende indflydelse, vil herefter være modervirksomhed".³⁷

I SL's sammenhæng anskues "faktisk" i en sammenhæng, hvor "faktisk udøvelse" står i et modsætningsforhold til IFRS-standardernes understregning af, at evnen ("the ability approach") til at kontrollere er tilstrækkelig til koncernindikation – udøvelse kræves ikke.

Der er således tale om to forskellige nuancer af "faktisk", som ikke desto mindre har væsentlig betydning for sammenhængen i bestemmelserne.

Det bemærkes i denne sammenhæng tillige, at ÅRL's bestemmelse i god overensstemmelse med IAS 27 (2008)-standarden taler om "kan" – altså evnen til at udøve bestemmende indflydelse, medens aktivformen af verbet - "udøver" – i SL derimod indikerer, at der i "konkurrencen" mellem de to virksomheder, som opfylder flere af de omhandlede koncernkriterier, skal være tale om én, der faktisk udøver.

Det følger heraf, at formuleringen "faktisk kan udøve" i ÅRL som ovenfor anført i sammenhæng med konkurrerende koncernindikationer alene må betragtes som en præcisering, idet en IAS 27 (2008)-konform fortolkning under alle omstændigheder ville have ført til samme resultat jf. også, hvad nedenfor er nævnt i omtalen af ESMA EECS/0112-02.

Det følger implicit af denne tolkning, at der i selskabsretlig forstand ikke vil bestå en koncernrelation, såfremt f.eks. to virksomheder hver især har bestemmende indflydelse jf. de omhandlede koncernkriterier, men begge afstår fra at udøve den.

I det tilsvarende scenarium ville der efter ÅRL bestå en regnskabsmæssig koncern, forudsat at den ene koncernindikation er mere tungtvejende end den anden og uanset, om den udøves eller ej.

Hvad gælder da, når 2 potentielle koncernmødre "konkurrerende" opfylder koncernkriterierne i ÅRL, bilag 1 b, nr. 4, "lige meget"?

³⁷ LFF 171, 2009, bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser, nr. 36.

Se nærmere analysen i afsnit 4.3.2 af den i ESMA offentliggjorte beslutning EECS/0112-02, hvor dette var tilfældet, og hvor begge af tilsynsmyndigheden blev opfordret til at genoverveje spørgsmålet om kontrol. Kunne det herefter ikke påvises, at enten A eller B faktisk kunne kontrollere de 11 ”koncerndøtre”, ville der slet ikke være tale om kontrol, og dermed ej heller om koncernrelation.

Af bestemmelsens ordlyd kan intet udledes om den situation, hvor ingen virksomhed opfylder ÅRL bilag 1 b, nr. 4-kriterierne, men på andet grundlag – som i f.eks. fortolkningsbidraget SIC 12 (og reelt også IFRS 10) alligevel kan udøve bestemmende indflydelse.

6.1.3.2.4 ÅRL, bilag 1 b, nr. 3: Dattervirksomhed

Kendetegnende for en koncerndatter er det forhold, at virksomheden er underlagt koncernmoderens bestemmende indflydelse, jf. nærmere om dette begreb nedenfor.

I regnskabsdirektivet (2013) er en dattervirksomhed kontrolleret af en modervirksomhed, jf. også begrebsanvendelsen i den tyske sprogudgave ”kontrolliert” og den engelske ”controlled”, og også IAS 27 (2008) lægger til grund, at en kontrolrelation (”controlled by”) er grundlaget for koncernrelationen.

En foreløbig konstatering må det således på dette sted være, at den danske lovgiver (i modsætning til hvad i afsnit 5.2.2.3 er anført for så vidt EU-retten) anser ”bestemmende indflydelse” for at have en substans, der er synonymt med begrebet ”kontrol”.

Alt andet ville have som konsekvens, at ÅRL’s modervirksomheds- og dattervirksomhedsdefinitioner (og dermed koncernbegrebet) ikke er korrekt implementeret, og at IAS 27 (2008) koncerndefinitionen ej heller reelt – trods intentionerne herom – ville være det væsentligste fortolkningsbidrag til ÅRL’s koncernbegreb.³⁸

Om ÅRL’s definitioner i sammenligning med definitionerne i IAS 27 (2008) anføres hertil i bemærkningerne til lovforslaget: ”Ordlyden af de foreslåede definitioner er ikke på alle områder den samme som i IAS 27. Dette skyldes udelukkende, at ordlyden er tilpasset strukturen i de danske virksomheder. Der er ikke tiltænkt materielle forskelle”.

Også koncerndøtre kan være – men behøver ikke være – kapitalselskaber.³⁹

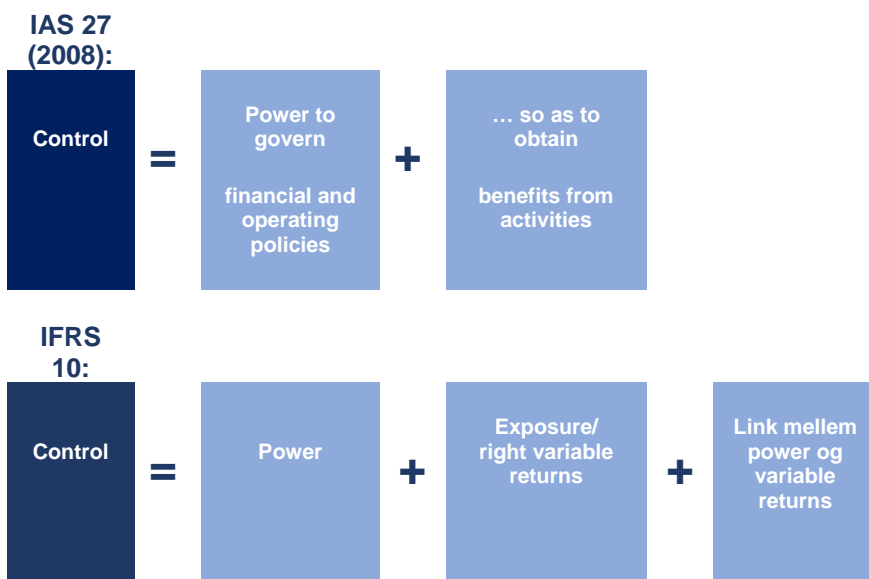
³⁸ LFF 171, punkt 2.4.5.

³⁹ Vanskelighederne ved i praksis at afgøre eksistensen af eventuel koncernrelation under IAS 27 (2008), når den mulige koncerndatter ikke er et kapitalselskab, illustreres til ESMA-afgørelse EECS/1208-02.

6.1.3.2.5 ÅRL bilag 1 b, nr. 2-4: Bestemmende indflydelse

I lyset af beslutningen om at lade ÅRL's koncerndefinition følge IAS 27 (2008) giver det god mening at se "bestemmende indflydelse"-begrebet i lyset af de i tidligere afsnit opstillede "kontrolligninger":

Figur 6.2: IASB-standardernes kontrolbegreber



ÅRL's koncernebegræb anvender ikke "kontrol", men i stedet "bestemmende indflydelse". Herefter kan ÅRL's tilsvarende "bestemmende indflydelseligning" efter ordlyden opstilles som følger:

Figur 6.3: ÅRL's "bestemmende indflydelse"-begreb - ordlyden



Som det fremgår, når figurerne 6.2 og 6.3 sammenholdes, er indholdet af det danske "bestemmende indflydelse" efter ordlyden det samme som "power to govern...." og ikke "control" i IAS 27 (2008). "So as to obtain benefits" er altså i en IAS 27 (2008)-optik et "missing link" i den danske ordlyd af ÅRL's koncernbegreb.

EMCA-gruppen, jf. afsnit 5.3.1.6.3, har i lighed med den danske lovgiver valgt at udelade samme fra deres i øvrigt IAS 27 (2008)-inspirerede selskabsretlige koncernbegreb. Argumentet herfor er: "...due to the fact that it is an economic concept". Sidsnævnte kan tiltrædes. Det har aldrig været meningen, at IAS 27 (2008) skulle være retsforskrifter, på grundlag af hvilke der skulle opstå rettigheder og pligter.⁴⁰

Et fravær af det økonomiske aspekt (fordele, der kan antages at have en værdi uanset målbarhed) i kontrolkriteriet ville udgøre en i praksis betydningsfuld forskel i forhold til IAS 27 (2008)-koncernbegrebet og antages da ej heller at være gældende ret.

Af TfS 2011, 267, fremgår, at Skatteministeriet – uanset den danske forskellige formulering på dette punkt - lagde formuleringen i IAS 27 (2008) til grund, og derfor i den konkrete sag foretog en vurdering af formuleringen "med henblik på at opnå fordele af deres aktiviteter".

(Det alene at tilstræbe opnåelsen af skattemæssige fordele ved sambeskatning sås i denne sag ikke som et moment, der jf. IAS 27 (2008)-formuleringen kunne medføre koncernindikation. Se i forhold hertil også afsnit 4.4.7, hvorefter det i henhold til IFRS 10 lægges til grund, at skattemæssige forhold kan være en indikator for kontrol).⁴¹

Også i SKM 2013.317 LSR blev af Landsskatteretten lagt til grund, at "so as to obtain benefits" udgør et element i gældende rets koncernbegreb.

⁴⁰ Se hertil også Michael Camphausen i Pengeinstitutterne og den nye selskabslovgivning, RR.2009.08.0040.

⁴¹ Se også Indsigt i ÅRL, EY's praktiske guide til forståelse af loven, 2014/2015, side 254, hvor samme opfattelse af gældende ret er antaget.

Det er ikke åbenbart, hvorved bestemmelsens ordlyd bliver mere ”dansk” ved at udelade formuleringen ”so as to obtain benefits”. Fordelene ved at medtage dette element i ordlyden af bestemmelsen ville være betydelige: det vil også fremgå af ordlyden – og ikke kun af lovbemærkningerne – at dette element er en integreret del af kontrolbegrebet og også i dansk ret, ligesom den retsusikkerhed, som allerede på nuværende tidspunkt kan påvises inden for den skatteretlige praksis, kan reduceres, og der kan udgås ”spredning” til andre retsområder.

Det må herefter antages og i denne afhandling lægges til grund, at ÅRL’s koncernbegreb, uanset sin ordlyd, lægger til grund, at ”bestemmende indflydelse”-begrebet indeholder samme delelementer som ”control” i IAS 27 (2008)-forstand (men altså ikke i regnskabsdirektivet (2013)’s forstand, hvor der jf. analysen i afsnit 5.2.2.3 eksplicit må lægges til grund at eksistere en forskel mellem ”bestemmende indflydelse” og ”kontrol”).

En sådan retstilstand vedrørende begrebernes forståelse er egnet til at skabe retsusikkerhed, og der ses da også i såvel den økonomiske som den juridiske litteratur udbredt inkonsekvens i anvendelsen af begreberne.

Til illustration kan nævnes, at EY i deres vejledning til ÅRL i kapitel 9 konsekvent anvender betegnelsen ”kontrol”, og samme sted i kapitel 19 både anvender ”kontrol” og ”bestemmende indflydelse”.⁴²

Der erindres i denne sammenhæng om, hvad tidligere i afsnit 2.5 ”økonomiske og juridiske koncernbegreber” og afsnit 5.2.2.3 er anført om tidligere og nutidig sondren mellem de to begreber i udenlandsk koncernregnskabsret.

6.1.3.2.6 ”Beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger”:

”Beføjelse”:

”Power” i IAS 27 (2008) udtrykkes ved ”beføjelse”. Skønt ”magt” og ”beføjelse” i en dansk sproglig kontekst er forskellige begreber ud fra en betragtning om, at magt kan både indehaves og udøves uden, at der nødvendigvis foreligger en beføjelse til at gøre det, er begrebet ”beføjelse” i den konkrete sammenhæng valgt; rationalet bag en sådan antagelse bygger på det faktum, at ”power” i IASB-standardernes sammenhæng beror på rettigheder.

”Økonomiske og driftsmæssige beslutninger”:

Objektet for beføjelsen til at styre er i ÅRL ”beslutninger”.

I de engelske og tyske sprogversioner versioner af IAS 27 (2008) er det ”politikker”, der skal styres. Heri kan muligvis indfortolkes en forskel i måden,

⁴² Se også Indsigt i ÅRL, EY’s praktiske guide til forståelse af loven, 2014/2015, side 137 ff. henholdsvis side 254 ff.

hvorpå ”styring” skal ske, men i praksis vil forskellen antageligvis være vanskelig at påvise, jf. dog afsnit 6.2.3.4.

I forhold til disse beslutninger skal den ”bestemmende indflydelse” potentielt kunne manifestere sig, og der må således forudsættes en beherskelse af disse og/eller de ledelsesorganer, som træffer beslutning om de driftsmæssige og finansielle dispositioner.⁴³

Hvad er da karakteren og vægtningen af disse i bestemmelsen omtalte økonomiske og driftsmæssige beslutninger/politikker?

I overensstemmelse med forarbejderne til ÅRL skal fortolkning heraf ske efter den praksis, som i øvrigt er etableret med IAS 27 (2008), og i henhold hertil forudsættes i det konkrete tilfælde en analyse af detaljer i koncerndatterens enkelte økonomiske og driftsmæssige beslutninger/politikker med henblik på at fastlægge, hvilke beslutninger der er væsentlige at ”styre” i forhold til at have bestemmende indflydelse.

I IAS 27 (2008) var der som tidligere angivet kun beskeden vejledning at hente om spørgsmålet, idet to nøglepolitikker dog i praksis synes at kunne identificeres: på den ene side distributions- og investeringspolitikker og på den anden side godkendelse af den årlige forretningsplan.

Af andre væsentlige momenter ses af praksis den strategiske ledelse af den (mulige) koncerndatter, evnen til at vedtage og gennemføre kapitalforhøjelser, evnen til at træffe beslutning om og at gennemføre tilvejebringelse af fremmedkapital og evnen til at træffe beslutning om og at foranstalte enhedens ophør.

Se i tilknytning hertil ESMA-afgørelse EECS/0910-06, som denne er gengivet i kapitel 4.

I denne sammenhæng må således også i forhold til ÅRL’s koncernbegreb ske en sondring mellem deltagerrettigheder og beskyttende rettigheder⁴⁴ og således, at der bortses fra snævre investorinteresser, når antallet og tyngden af sådanne beføjelser til at styre regnes op.

Som allerede anført i afsnit 4.3.5.3 henregnes til kategorien af deltagerrettigheder sådanne rettigheder, som gør det muligt for investor (den mulige koncernmoder) at tage initiativ til, godkende og eventuelt nedlægge veto i forhold til væsentlige beslutninger, der tages i forbindelse med virksomhedens drift.

⁴³ Se hertil Erik Werlauff i Koncernretten, 1996, der side 18 i forhold til daværende koncernbegreber argumenterede for, at koncernindikation grundlæggende handlede om organbeherskelse.

⁴⁴ Se nærmere herom i afsnit 4.3.5.3.

I forhold til disse såkaldte deltagerrettigheder ses imidlertid ikke blot på karakteren af disse politikker, der besluttet/styres; de enkelte deltagerrettigheder skal i forbindelse med kontrolvurderingen tillige vægtes/vurderes i forhold til deres indbyrdes væsentlighed.

At "have" eller at "udøve" bestemmende indflydelse:

I ÅRL's sammenhæng er det nok at "have" en bestemmende indflydelse. Udøvelse er således ingen forudsætning for koncernindikation og således ej heller i situationer, hvor der foreligger konkurrerende koncernindikationer, jf. hvad ovenfor er anført herom.

Begrundelsen herfor er den allerede i afsnit 4.3.5.2 nævnte pragmatiske, at en "passiv" indehaver af kontrol i IAS 27 (2008)-kontekst måske nok tillader "en anden part" at udøve "beføjelsen til at styre beslutninger"/"power to govern policies" over koncerndatter, så længe den "passive" indehaver af kontrol er tilfreds med "den anden parts" dispositioner, men at den "passive" indehaver af kontrol til enhver tid kan gøre sin indflydelse gældende og derfor reelt alligevel trods sin passivitet i sidste ende kontrollerer.

6.1.3.2.7 Tre scenarier for bestemmende indflydelse:

Ganske som i afsnit 4.3.5.5 om koncernbegrebet i IAS 27 (2008) forudsættes der at eksistere tre scenarier for bestemmende indflydelse:

Det første scenarium foreligger i ÅRL bilag 1 b, punkt 4, 2. punktum: formodningen om, at ejerskab til mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed giver bestemmende indflydelse, jf. IAS 27.13. 1. punktum.

Det næste scenarium foreligger i ÅRL bilag 1 b, punkt 4, 3. punktum: der ejes mindre end halvdelen af stemmerettigheder, men 4 andre koncernkriterier kan alligevel medføre koncernindikation.

Det tredje scenarium fremgår ikke af ordlyden, men alene af lovmotiverne:⁴⁵ de facto-kontrolrelationen i de såkaldte SPE-virksomheder (i IFRS 10 omtalt som strukturerede virksomheder), jf. SIC 12 fortolkningen til IAS 27 (2008).

Scenarium 1: Formodningen for, at ejerskab til flertallet af stemmerettigheder indebærer bestemmende indflydelse:

I dette første scenarium ejer koncernmoder direkte eller indirekte mere end halvdelen af stemmerettighederne i koncerndatteren, og "bestemmende indflydelse" foreligger, med mindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør "bestemmende indflydelse".

⁴⁵ LFF 171, punkt 36.

Bestemmelsen ligger i direkte forlængelse af bestemmelsen i IAS 27.13. 1. punktum (2008) og udgør samtidig det implementeringsmæssige grundlag for regnskabsdirektivets (2013) artikel 21, stk. 1, litra a, idet dog sidstnævnte ikke har karakter af formodningsregel, men blot fremstår som én af de obligatoriske de i jure-baserede koncernindikationer.

Der er tale om et simpelt flertal uanset eventuelle majoritetskrav i henhold til f.eks. SL eller vedtægter i forhold til visse beslutninger. I praksis er ”bestemmende indflydelse” derfor ikke nødvendigvis uforenelig med en situation, hvor en koncernmoder ikke selvstændigt kan foranledige vedtægtsændringer eller tage andre tilsvarende beslutninger; afgørende er det, om beføjelsen til at styre økonomiske og driftsmæssige beslutninger er ukompromitteret.⁴⁶

Bestemmelsen kaldes for ”formodningsreglen” og anses for at udgøre det i praksis væsentligste koncernkriterium. Se nærmere om ”formodningsregel”-betragtningen i afsnit 5.2.2.4.1.

Den, der på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ i kraft af ejerskab til mere end halvdelen af stemmerettighederne råder over flertallet af stemmerne, har (i lighed med den, der på andet grundlag, jf. ÅRL bilag 1 b, nr. 4, pkt. 1 og pkt. 4, råder over et tilstrækkeligt stemmeflertal) qua sine forvaltningsmæssige beføjelser på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ magten til at kunne styre alle væsentlige driftsmæssige og økonomiske beslutninger og herunder også de, der jf. ovenstående i IAS 27 (2008)-terminologien er deltagende rettigheder.

”Stemmerettigheder”:

Stemmerettigheder – ikke kapital- og/eller ejerandele – er udslagsgivende for koncernrelation efter bestemmelsen.

Oftest forholder det sig sådan i selskaber, at stemmerettigheder følger ejerskab til kapitalandelene proportionalt. Almindelige er dog i dansk ret både stemmeretsbegrænsninger og klasseopdeling af kapitalandele, herunder efter forskellig stemmevægt.

I lovforslagets bemærkninger til bestemmelse illustreres problemstillingen med stemmeretsbegrænsninger ved følgende eksempel:⁴⁷

⁴⁶ Henrik Steffensen m.fl. anfører i Kommentarer til ÅRL, 5. udgave, side 1136, der indeholdte det før 2010 gældende koncernbegreb, om samme formulering: ”Dette resultat er ikke umiddelbart indelysende. Det skyldes de hensyn, der ligger bag reglerne om udarbejdelse af koncernregnskaber, nemlig beskrivelse af en enhed så tæt som muligt svarende til den reelle økonomiske enhed. En fortolkning af ”de delvist hertil svarende regler i selskabslovene vil ikke nødvendigvis føre til samme resultat på grund af de andre hensyn, der ligger bag det selskabsretlige koncernbegreb”.

⁴⁷ LFF 171, 2008, punkt 36.

Er der tale om stemmeretsbegrænsninger i et selskab, vil et selskab med f.eks. ejerskab til 60 % af stemmerne kunne være underlagt en stemmeretsbegrænsning, hvorefter der alene på generalforsamling kan udøves stemmeret for f.eks. 5 %. Der er således ikke – i hvert fald i henhold til denne bestemmelse, isoleret set – koncernrelation. (I kombination med andre forhold vil koncernrelation alligevel kunne opstå – nærmere herom nedenfor).

Når det handler om kapitalandele med forskellig stemmevægt, kan et selskab f.eks. være ejer af 95 % af kapitalandelene, men der er tale om stemmeløse kapitalandele. Dermed er koncernstatus udelukket. – Et andet selskab kan eje de resterende 5 % af kapitalandelene – men til disse er knyttet stemmeret. Eksemplet illustrerer, at en beskeden kapitalandel med stemmerettigheder kan føre til koncernmoderstatus, hvis øvrige kapitalandele er stemmeløse.

Hvor der er tale om forskellige klasser af kapitalandele, er det alene forskelle i stemmerettigheder, der har betydning.

F.eks. vil den mulige koncernmoder A have 100 kapitalandele af klasse A. Den mulige koncernmoder B har 100 kapitalandele af klasse B.

Klasse A er kendetegnet ved, at udlodning af udbytte til A sker med respekt af B's ret til forlods udbetaling af et på forhånd fastsat udbytte, og ved at B ved selskabets ophør har forlods ret til likvidationsprovenu, der i øvrigt beregnes som kapitalandelens nominelle værdi med tillæg af 25 %, hvis der er midler til det. Til A's kapitalandele er knyttet stemmeret, til B's kapitalandele er der ikke knyttet stemmeret. A kontrollerer stemmeretten og bliver hermed koncernmoder.

"Ejer":

Bestemmelsen forudsætter efter ordlyden udtrykkeligt "ejerskab", og "besiddelse" af stemmerettigheder er ikke tilstrækkelig.

I overensstemmelse hermed er Erik Werlauff, Selskabsret, 9. udgave, side 621.

Imidlertid ses både i bet. 1498, der nederst side 748 omtaler bestemmelsen, og i Karnov-lovkommentaren, at såvel termen "ejer" som termen "besidder" anvendes.

Den engelske IAS 27 (2008)-standard anvender formuleringen "owns" – men den tyske i EU IAS 27 (2008) "verfügt".

I den danske sprogversion af regnskabsdirektivets (2013) artikel 22, stk. 1, litra a, anvendes "besidder" og i den engelsk "has", men den tyske "hält".

Det kunne synes, som om angelsaksisk (og i netop denne sammenhæng derfor også dansk) ret hælder til, at ejerskab er en forudsætning, medens tysk regulering synes at hælde til, at reglen alene forudsætter ”besiddelse”, hvorved konsolideringskredsen i den tyske versions forståelse i givet fald vil være større end i den danske (og angelsaksiske).

Uagtet denne dobbelttydighed, og uanset uklarheden på dette punkt omkring forståelsen af regnskabsdirektivets (2013) bestemmelse, må forudsætningen om fortolkning i overensstemmelse med IAS 27 (2008) alt andet lige føre til, at der i dansk ret lægges et krav om ejerskab til grund.

For så vidt angår stemmerettigheder på kapitalandele, der stilles som sikkerhed (f.eks. pant) for andet mellemværende, forbliver stemmerettighederne hos pantsætter i de tilfælde, hvor stemmeretten alene kan udøves i overensstemmelse med pantsætters instrukser.⁴⁸

Hvis f.eks. A yder et lån til B, og B giver A sikkerhed i sin beholdning af aktier i C, vil A ikke kunne udøve stemmeretten på aktierne i C, med mindre B misligholder lånet. B opretholder således kontrollen over stemmerettighederne i C, selv om de er stillet til sikkerhed for lånet hos A, så længe B ikke misligholder sit engagement med A.

Det bemærkes i øvrigt hertil, at formuleringen ”ejer stemmerettigheder” kan synes vildledende, idet den kunne give anledning til en fejlagtig antagelse om, at stemmerettigheder skulle kunne ejes uafhængigt af ejerskab til kapitalandele.

Mere end halvdelen af stemmerettighederne:

Ejerskab til 50 % af stemmerettighederne rækker ikke! Er der i et fælles selskab (f.eks. ”joint venture”⁴⁹) ejerskab til nøjagtig 50 % af stemmerne, er dette ikke i sig selv koncernindikation (men andre forhold kan naturligvis alene eller sammenholdt med 50 % ejerskab til stemmerettigheder etablere koncernrelation).

Der kræves med andre ord et absolut stemmeflertal målt på samtlige stemmer, der kan afgives.

”Direkte eller indirekte”:

I sagens natur foreligger ”direkte” ejerskab, når koncernmoder er nærmeste ”moder” for koncerndatter.

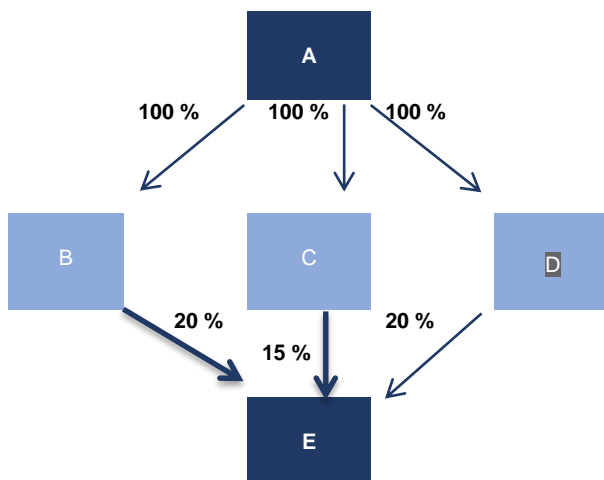
⁴⁸ Paul Krüger Andersen er i Aktie- og anpartsselskabsret – kapitalselskaber, 12. oplag side 541 inde på, at ”eje”-kravet udelukker pantsætningsforhold. Dette kan ikke tiltrædes, jf. det anførte. At stille ejerandelene med tilhørende stemmerettigheder til sikkerhed, udelukker ikke eo ipso ejerskab.

⁴⁹ Det bemærkes for god ordens skyld, at joint ventures med fælles bestemmende indflydelse i regnskabsmæssig henseende ikke blev reguleret ved IAS 27, men i stedet ved IAS 31, der nu er afløst af IFRS 11 Fælles ordninger.

Ejer en koncernmoder i stedet sine stemmerettigheder gennem en mellemliggende koncerndatter, er der tale om et ”indirekte” ejerskab. Den ultimative koncernmoder skal herefter medregne sådanne stemmerettigheder hos den mellemliggende koncernvirksomhed som ”sine” stemmerettigheder og dermed nederste koncerndatter som – netop – sin koncerndatter.

Situationen kan illustreres ved følgende eksempel:

Figur 6.4: Indirekte ejerskab af stemmerettigheder



A er herefter koncernmoder i forhold til E, idet A i kraft af ejerskab til stemmerettigheder i B, C og D ejer 55 % af stemmerettighederne i E.

Denne forståelse af direkte/indirekte-begrebet er i overensstemmelse med IAS 27 (2008) og med regnskabsdirektivets (2013) artikel 22, stk. 3 og 4, idet disse bestemmelser også indeholder specifik regulering af situationer, hvor der er tale om principal-/agentproblemstillinger, og hvor der er tale om stemmerettigheder på ejerandele, der er stillet som sikkerhed.

”I særlige tilfælde klart kan påvises”:

Spørgsmålet om afkræftelse af formodningen for koncernrelation er en logisk følge af bestemmelsens karakter af lovmæssig formodningsregel.

”Særlige tilfælde” og ”klart” understreger, at formodningens afkræftelse stiller krav om ekstraordinære forhold, hvis beståen utvetydigt må kunne konstateres.

Der eksisterer kun en sparsom praksis om spørgsmålet.

Et betydningsfuldt fortolkningsbidrag foreligger dog i principielle udtalelser fra SKAT og fra Erhvervsstyrelsen i TfS 2010, 491. Heraf ses i forbindelse med ejeraftaler, at en ejeraftale, der giver andre kapitalejere eller medejere vetoet eller kræver enighed, efter 2009-loven alt andet lige vil afkræfte formodningen for koncernrelation.

En nyere skatteretlig afgørelse TfS 2014, 123 peger i samme retning. En virksomhed X ejede godt 59 % af kapital og stemmerettigheder i virksomhed A. Den resterende ejerandel var fordelt på yderligere otte ejere, hvor ingen individuel andel i øvrigt var større end 6 ¼%.

En aktionæroverenskomst medførte, at visse beslutninger krævede en majoritet på 75 % for at kunne vedtages. A udpegede tre bestyrelsesmedlemmer. De øvrige aktionærer havde ret til i fællesskab at udpege to bestyrelsesmedlemmer, hvilken ret dog ikke blev udnyttet. I henhold til selskabets vedtægter kunne selskabet have en bestyrelse på 3 – 5 medlemmer.

Skatterådet anså herefter ingen aktionær for at have bestemmende indflydelse.

Fra skatteretten ses endvidere TfS 2011, 507, hvor et administrationsselskab med 75 % eller 80 % ejerskab til stemmerettigheder i ni koncerndøtre havde indgået ejeraftale med dem alle, og hvor tvivl var opstået om disse samtlige ni ejeraftalers indhold i forhold til at afkræfte koncernformodning. I ingen af de omhandlede tilfælde mente Skatterådet i sit bindende svar, at der var tale om sådanne særlige tilfælde, hvor det klart kunne påvises, at koncernindikation var afkræftet.

Se også SKM 2011.42 SR⁵⁰, hvor vetorettighedens egnethed til at afkræfte koncernformodning blev behandlet og TfS 2010, 491, hvor samme antages.

Se endelig også TfS 2012, 114 SR, der omtales senere i dette afsnit.

Praksis med baggrund i IAS 27 (2008) forefindes tillige, hvor restriktioner af lovmæssig karakter influerer på en koncernmoders evne til at udøve en erhvervet stemmeret.

Ikke enhver lovmæssig indskrænkning af en koncernmoders stemmeret vil afkræfte formodningen for koncernrelation. F.eks. vil en koncernmoder ikke være afskåret fra at udøve bestemmende kontrol over driftsmæssige og økonomiske beslutninger, fordi der indføres lovreguleret priskontrol.

Formodningen for koncernrelation antages at kunne afkræftes i situationer, hvor der ejes mere end halvdelen af stemmerettighederne, men hvor der ses et krav om, at en

⁵⁰ Se til sidstnævnte SKM 2010.688 SR.

stat f.eks. udpeger halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne i en våbenvirksomhed og i øvrigt forbeholder sig den afgørende stemme i dead-lock-situationer.

I den tilsvarende bestemmelse i SL ses i retslitteraturen og i lovkommentaren indfortolket en slags omvendt bevisbyrderegel. Se hertil også lovbemærkningerne til bestemmelsen: ”medmindre det modsatte klart kan bevises”.

I selskabsretsbetænkningen lægges der om dette ”bevis” til grund, at det skal afkræfte formodningen for, at ”selskabet har fraskrevet sig retten til at råde over flertallet af stemmerne på en måde, som selskabet ikke selvstændigt kan ændre”.⁵¹

Fra regnskabsrettens område ses begrebet ikke prøvet i praksis, men problemstillingen har ved flere lejligheder været drøftet i EU-konkurrenceretlig sammenhæng, således f.eks. Akzo Nobel NV i sag C-97/08, AEG-Telefunken sag nr. C 107/82 og Stora-sagen C-286/98.

Der blev her på den ene side eksplicit til grund, at der ikke er tale om omvendt bevisbyrde, men i stedet om en ”gendrivelig formodning”. På den anden side anføres, at ”det påhviler moderselskabet at afkræfte formodningen med de fornødne beviser”.

I kartellet er det tilstrækkeligt til at begrunde et moderselskabs ansvar for sit helejede datterselskabs kartelovertrædelser, at der redegøres for ejerforholdene (100 %) – herefter må moderselskabet således gendrive formodningen under inddragelse af ”alle organisatoriske, økonomiske og retlige forbindelser”, hvilket i en række situationer kan vise sig vanskeligt, ikke mindst under hensyntagen til, at det i Akzo Nobel sagen blev lagt til grund, at det blotte tilhørsforhold kan påvirke markedsadfærden – også når det måtte lykkes at påvise, at sådanne ”organisatoriske, økonomiske og retlige forbindelser” ud over ejerforholdet ikke foreligger mellem selskaberne.

Fra samme område ses Dow Chemical, C-179/12 P, hvor der i et tilfælde med et 50/50 %-ejt joint venture blev lagt til grund, at Retten foruden en konstatering af 50/50 forholdet tillige skulle forholde sig til, om det ud fra konkrete beviser kunne konstateres, at de 2 koncernmødre faktisk udøvede bestemmende indflydelse. Det bemærkes i denne sammenhæng, at konkurrenceretten i sådanne tilfælde – og i modsætning til f.eks. regnskabsretten og selskabsretten – opererer med muligheden for mere end én koncernmoder.

Scenarium 2: Bestemmende indflydelse, når der ejes halvdelen eller færre af stemmerettighederne

⁵¹ Bet. 1480, 2008, om Modernisering af Selskabsretten, side 580 ff.

I det andet scenarium er beskrevet 4 koncernkriterier i tilfælde, hvor koncernrelation består, uagtet koncernmoderens ejerskab alene til halvdelen eller færre af stemmerettighederne.

Hvad ovenfor om det første scenarium er nævnt om indirekte ejerskab, må antages tillige at gælde analogt for den ”råderet” (i IAS 27 (2008) under eet ”power”), som er nævnt under bestemmelsens nr. 1 og 4.

Dette ses ikke umiddelbart af bestemmelseernes ordlyd, men antoges at gælde jf. IAS 27 (2008), der som nævnt tidligere må lægges til grund ved fortolkningen af bestemmelsen.

De i bestemmelsen nævnte 4 veje til ”bestemmende indflydelse”, hvor der ikke ejes mere end halvdelen af stemmerettighederne, kan således opnås både ved direkte og indirekte opfyldelse af de nævnte kriterier.

Nr. 1: Råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne gennem aftale med andre investorer

Af lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen fremgår, at det ikke længere tillægges betydning, at koncernmoderen faktisk besidder ejerandele, idet alene råderetten over stemmerettigheder er af betydning.

Bunch og Rosenberg anfører i kommentaren til den tilsvarende bestemmelse i SL, at der generelt i forhold til SL § 7 skulle være tale om, at der ikke skulle være et krav om formel besiddelse af ejerandele. Specifikt i forhold til den her omhandlede bestemmelse anføres: ”Der lægges ikke vægt på, om moderselskabet faktisk besidder ejerandele”.⁵²

I overensstemmelse hermed er Schaumburg–Müller og Werlauff : ”Efter nr. 1 tillægges alene vægt, at moderselskabet råder over stemmerettigheder. Formelt ejerskab er uden betydning”.⁵³

En sådan forståelse af bestemmelsen har umiddelbart det imod sig, at det følger af bestemmelsens ordlyd, at der skal indgås aftale med *andre* (min fremhævelse) investorer.

På tilsvarende måde følger det af ordlyden af IAS 27 (2008), at koncernmoder skal indgå aftale med andre investorer.⁵⁴

⁵² Lars Bunch og Ida Rosenberg i Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, 2014, side 99-100, og

⁵³ Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, 2014, side 186 ff.

Forklaringen herpå er den enkle, at ”investorer” i IAS 27 (2008)-terminologi almindeligvis ikke er begrænset til virksomheds- eller selskabsdeltagere jf. også hvad er anført i afsnit 4.4.7.

”Investor”-begrebet indebærer således ikke, at begge parter (eller i princippet nogen af parterne) i en sådan aftale skal være selskabsdeltagere.

Umiddelbart kunne denne tolkning synes problematisk under hensyntagen til en implementering af artikel 22, stk. 1, litra d.ii, hvorefter koncernmoder er selskabsdeltager (tysk: ”Aktionär oder Gesellschafter” og engelsk ”shareholder or member of an undertaking”), og hvorefter der indgås aftale med *andre selskabsdeltagere* (min fremhævelse).

Kravet om direktivkonform implementering af nævnte bestemmelse, der er eet af de obligatoriske minimumskrav, kunne således antages ikke at kunne føre til et andet resultat, end at ”selskabsdeltagelse” i EU-retlig sammenhæng ville blive anset for en forudsætning.

Se hertil også Henrik Steffensen m.fl., der om begrebet ”virksomhedsdeltager” anfører: ”...Den pågældende skal eje kapitalandele i virksomheden. Antallet eller størrelsen af kapitalandele er ikke afgørende. Et sådant ejerskab indebærer principielt, at man har del i virksomhedens egenkapital.... Det er ikke nok blot at besidde kapitalandele til sikkerhed (pant). Panthavere eller personer, der som følge af særlig aftale er tildelt nogle, men ikke alle medejerbeføjelser, f.eks. stemmeretten, hører principielt ikke under begrebet”.⁵⁵

Det er netop i denne sammenhæng, hvor den tidligere nævnte ændring i 2003 af koncernregnskabsdirektivet spiller en væsentlig rolle.⁵⁶

Som allerede anført gennemførtes ved den lejlighed en ændring af den bestemmelse, der i regnskabsdirektivet (2013) nu optræder som artikel 22, stk. 2, og hvorefter medlemslandene har hjemlen til – under forudsætning af overholdelse i artikel 22, stk. 1-minimumskravene – kan pålægge virksomheder, der ”har ret til at udøve eller faktisk udøver bestemmende indflydelse eller kontrol over en anden virksomhed” at udarbejde konsoliderede regnskaber.

Hermed opstod således også hjemlen til at implementere bestemmelsen for en videre kreds, end den som fremgik af den obligatoriske minimumsbestemmelse, og sådan

⁵⁴ Se hertil også Michael Camphausen, der i Pengeinstitutterne og den nye selskabslovgivning, RR.2009.08.0040, plæderer for, at ”udtrykket ”investor” antages at skulle fortolkes så bredt som muligt”, og at ”investor”-begrebet helt bør udgå af koncernbegrebet.

⁵⁵ Henrik Steffensen m.fl. i Kommentarer til ÅRL, 5. udgave, side 1125 ff.

⁵⁶ Direktiv 51/2003/EF om ændring af direktiv 78/660/EØF, 83/349/EØF og 91/674 om årsregnskaber og konsoliderede regnskaber for visse selskabsformer, banker og andre penge- og finansieringsinstitutter samt forsikringsselskaber.

at samme koncernkriterium gælder, men nu også omfattende den potentielle modervirksomhed, der ikke besidder ejerandele.

I kraft af udnyttelsen af den fakultative bestemmelse i artikel 22, stk. 2, litra a, kan national dansk lovgiver dermed siges at have "gold-plated" sig til en direktivkonform implementering af den obligatoriske artikel 22, stk. 1, litra d.ii.

Hermed bringes bestemmelsen også på dette punkt i god overensstemmelse med IAS 27 (2008), hvor samme jf. det i afsnit 4.3.5.7.1 anførte gør sig gældende.

Ejerskab kan – men behøver – herefter ikke foreligge efter bestemmelsen.

Uagtet at ejendomsret til stemmerettighederne vil være hyppigst forekommende, antages det dog, at råderetten kan omfatte enhver rådighed, herunder således også panteret, brugsret m.v.⁵⁷ – Se også nedenfor om optioner mv.

Råderetten skal eksistere i kraft af en aftale med andre investorer. I konsekvens heraf kan en stemmeoverførselsaftale potentielt indebære, at koncernmoderstatus kan ændres fra én koncernmoder til en anden.

Råderetten kan således til dels bero på en allerede i kraft af ejerskab eksisterende beholdning af stemmerettigheder og dels på nye ved aftale opnåede stemmerettigheder.

Ejer f.eks. et selskab A 40 % af stemmerettighederne i virksomhed B, og har virksomhed A tillige en aftale med en anden investor i B om, at denne for 20 % af deres beholdning af stemmerettigheder vil stemme med A på generalforsamlingen, opstår herved en situation, hvor A med baggrund i aftalen mellem A og den anden ejer i B har råderet – og dermed i denne bestemmelses forstand bestemmende indflydelse - over 60 % af stemmerettighederne i B.

I forhold til formuleringen "mere end halvdelen af stemmerettighederne" henvises til de tidligere nævnte betragtninger.

SL § 82 indebærer, at ejeraftaler efter 2009-reformen ikke kan medføre, at en i øvrigt i henhold til lov eller vedtægt lovlig selskabsretlig generalforsamlingsbeslutning kan tilsidesættes som følge af bestemmelser i ejeraftaler, der strider imod en sådan.

Det ses ikke afklaret i dansk ret, hvilken koncernretlig betydning den ændrede udformning har på ejeraftaler, der giver råderet over andre investorers stemmer.

⁵⁷ Se for så vidt den tilsvarende bestemmelse i selskabsloven hertil også Schaumburg-Müller og Werlauff i Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, 2014, side 187, og Henrik Kure i Panterettens deklaratoriske omfang ved pant i kapitalandele, U.2011B.237.

Se hertil TfS 2011, 507, hvor Skatterådet i et bindende svar omtaler problemstillingen – men ikke grundlæggende tager stilling hertil, idet det konkrete sag begrundes i andre forhold.

Se også TfS 2011, 11, hvor Skatterådet i et bindende svar anfører: ”Selskabslovens § 82 lyder ”Ejeraftaler er ikke bindende for kapitalselskabet og de beslutninger, der træffes på generalforsamlingen”. Det er dog alligevel SKAT’s opfattelse, at SKAT som udgangspunkt skal respektere ejeraftaler. SKAT vil dog i hver sag konkret vurdere, om anpartshaveroverenskomster vil blive respekteret af parterne”.

Det har mest for sig, at ”råderettens” beståen i form af en indgået ejeraftale i udgangspunktet anerkendes som koncernindikation.

Måtte lovgiver finde anledning til at modificere dette som et udgangspunkt, kunne tilgangen hertil være den, at da ”råderetten” jf. nedenfor også skal vurderes under inddragelse af optioner, kunne en slags analogi hertil drages i den forstand, at en ejeraftale, der anses som ”substantiel” på det omhandlede aftalepunkt, jf. det i afsnit 4.4.7.4.1 herom anførte, antages at være tilstrækkelig til at opfylde kriteriet om råderet.

Såfremt imidlertid ejeraftalens vilkår (herunder også eventuelle bodsbestemmelser) målt i forhold til interessen i at bryde ejeraftalen og efter en afvejning med baggrund i substantialitetsprincippet måtte indikere, at en ejers brud på aftalen set fra den pågældende ejers synsvinkel kunne være en reel mulighed (”option”), da kan dette spille en rolle i forhold til afkræftelse af koncernindikationen ud fra en de facto-betragtning, som må antages at være i god overensstemmelse med lovforarbejdernes angivelse af, at ”faktisk udøvelse af bestemmende indflydelse” er søgt understreget i den nye bestemmelses udformning.

Nr. 2: beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i henhold til vedtægt eller aftale:

”Beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold” er helt parallel til forståelsen af samme formulering i ÅRL bilag 1 b, nr. 4’s første afsnit, (idet det ikke her tillægges indholdsmæssig betydning, at der i det ene tilfælde er valgt begrebet ”økonomiske” og i det andet tilfælde ”finansielle”, om end dette i en dansk erhvervsøkonomisk sammenhæng muligvis nok kunne indebære en forskel, jf. også nedenfor).

I den engelsksprogede version af IAS 27 (2008) anvendes i begge tilfælde begrebet ”financial”, hvorfor der henvises herom til ovenfor, idet væsentligheden af, at alene

deltagerrettigheder ("participative rights") er af betydning for bedømmelsen, (igen) betones.⁵⁸

Forståelsen af "vedtægt" må anses for værende i tråd med almindelige selskabsretlige begreber, og vil derfor ikke i denne sammenhæng blive behandlet yderligere.

Fokus rettes i stedet mod begrebet "aftale", idet bestemmelsen ikke indeholder angivelse af en sådan aftales parter.

I dansk selskabsret findes ingen hjemmel for en koncerndatters indgåelse af aftaler med et moderselskab om overgang eller overladelse af væsentlig ledelsesmæssig kompetence til denne, sådan som det efter tysk forbillede er muligt ved indgåelsen af de såkaldte "Beherrschungsverträge".⁵⁹

Dette er dog ikke ensbetydende med, at der ikke i dansk ret kan opstå tilfælde, hvor sådanne tyske aftaler får betydning. Et eksempel herpå er U.2013.1985H, hvor et dansk holdingselskab ejede et tysk moderselskab, der havde indgået kontrakt om "Organschaft" med sine tyske koncerndøtre. I forhold til udligning i den tyske underdel af koncernen i henhold til denne "Organschaft"-aftale opstod et spørgsmål i tilknytning til sambeskatningsforholdet med det danske holdingselskab.

Allerede af denne grund har det formodningen imod sig, at en sådan aftale mellem en mulig koncernmoder og en mulig koncerndatter fra lovgivers side skulle være sigtet med bestemmelsen.

Heroverfor står det synspunkt i f.eks. Karnov-kommentaren til den tilsvarende bestemmelse i SL og i retslitteraturen⁶⁰ i øvrigt, at netop dette skulle være tilfældet.

I IAS 27.13.b (2008)-sammenhæng var der ejheller tale om en aftale af en sådan karakter, men derimod om en aftale mellem den mulige koncerndatters ejere.

Forståelsen var her den, at en koncernmoder i kraft af aftale med andre ejere kunne have beføjelse til at styre ("power to govern") på en måde, hvor koncerndatters ledelse i kraft af koncernmoderens aftale med andre ejere ville være forpligtet til at følge instrukserne uanset koncerndatterens individuelle "selskabsinteresse".

⁵⁸ Se hertil Michael Camphausen, der i Pengeinstitutterne og den nye selskabslovgivning, RR.2009.08.0040, analyserer og er kritisk over for den manglende konsekvens i begrebsanvendelsen.

⁵⁹ Se hertil Karsten Engsig Sørensen i Managementkontrakter i selskabsretlig belysning, R&R 1995.12.0015, hvor han analyserer de selskabsretlige grænser for delegation af ledelsesbeføjelser.

⁶⁰ Se f.eks. Schaumburg-Müller og Werlauff i Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, 2014, side 188.

Der henvises i denne sammenhæng til eksemplet i afsnit 4.3.5.7.2.

Fra praksis kan henvises til ESMA-afgørelse EECS/0910-06 fra 22. februar 2010, som er omtalt i afsnit 4.3.5.7.2.

Den direktivfastlagte hjemmel til bestemmelsen må findes i den valgfrie del af regnskabsdirektivets (2013) artikel 22, stk. 2, litra a, der omhandler ret til at udøve eller faktisk udøvelse af kontrol eller bestemmende indflydelse, uden at der nødvendigvis er tale om deltagelse (ejerskab) i virksomheden.

I en retlig sammenhæng kan bestemmelsen anskues som en art ”det mindre i det mere”-bestemmelse, idet der er tale om, at en delmængde af den de jure-baseret bestemmende indflydelse, som i andre sammenhænge opnås ved f.eks. ejerskab og råderet over et stemmeflertal, er tilstrækkelig efter bestemmelsen til at afgøre spørgsmålet om bestemmende indflydelse, nemlig den del af beføjelserne, som handler om nævnte beføjelse til at styre økonomiske og driftsmæssige beslutninger (engelsk ”policies”) – de deltagende rettigheder (”participative rights”).

Regnskabsretligt er bestemmelsen en forløber for den væsentlige vægtning, som ikke mindst begrebet ”relevant activities” har fået i den nu gældende EU IFRS 10, jf. også afsnit 4.4.7.3.

Det er tillige bemærkelsesværdigt, at bestemmelsen indebærer en de jure baseret beføjelse (vedtægt eller aftale), men at der altså ikke i forbindelse med bestemmelsen ses et krav om nogen andel af ejerskab eller ejerskab overhovedet.

Nr. 3: beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmer i det øverste ledelsesorgan, når dette organ besidder bestemmende indflydelse over virksomheden:

Genstand for den mulige koncernmoders udpegning af flertallet af medlemmer er i denne bestemmelse det øverste ledelsesorgan, men kun i det omfang, hvor denne besidder bestemmende indflydelse over virksomheden.⁶¹

Den mulige koncernmoders mulighed for at styre koncerndatters økonomiske og driftsmæssige beslutninger er således indirekte, idet den ”afledes” af den mulige koncernmoders forvaltningsmæssige beføjelser i forhold til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmer i koncerndatterens øverste ledelse.

I et dansk selskab vil der derfor efter bestemmelsen være tale om bestyrelsen, hvis en ledelsesstruktur med en sådan er valgt, idet et tilsynsråd ikke har bemyndigelse inden for de beskrevne beslutninger/politikker. Hvor der er valgt en ledelsesstruktur uden bestyrelse og med direktion, vil dette organ være direktionen.

⁶¹ Der findes en righoldig skatteretlig praksis. Se f.eks. TfS 2011,11.

Organet skal ”besidde” bestemmende indflydelse. En råderet over denne bestemmende indflydelse må således foreligge hos det øverste ledelsesorgan.

Lars Bunch og Ida Rosenberg anfører med baggrund i udtalelser fra Erhvervsstyrelsen, at én af de væsentligste beføjelser ved at have bestemmende indflydelse er retten til at vælge ledelsen i koncerndatter.⁶²

I denne retning peger også U.1999.727H, som altså vedrører samme bestemmelse i en tidligere udformning af koncerndefinitionen. Sagen var af børsretlig karakter, men understreger betydningen af retten til at vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmer. Højesteret fandt, at virksomhed A med en ejerandel på 35 % og en option på at købe yderligere 40 % på nærmere angivne vilkår kunne vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmer i C, hvilket ”dermed gav A faktisk kontrol over selskabet”.

Når det gælder bestemmelsens første del – udpegning og afsættelse af medlemmer i det øverste ledelsesorgan - bemærkes til indledning, at der skal være tale om en ”beføjelse” – altså ret af en de jure-karakter.

Arten af en sådan de jure ret fastlægges ikke, og der kan efter omstændigheder f.eks. foreligge et retskrav i kraft af vedtægtsbestemmelse om forskellige kapitalklasser, en ejeraftale eller en pantsætningsaftale.

”Flertallet af medlemmerne” antages i retslitteraturen at skulle forstås bogstaveligt og uden hensyntagen til de enkelte medlemmers stemmевægt.⁶³

Ofte vil der gælde et princip om ”et medlem, en stemme”, men ordninger, hvor f.eks. bestyrelsesformanden stemme skal være udslagsgivende ved stemmelighed, er almindelige.⁶⁴

Bestemmelsen er på dette punkt da ej heller i god overensstemmelse med hverken de gængse forståelse i IAS 27.13.c eller f.eks. dansk skatteretlig praksis.

Fra dansk skatteretlig praksis ses TfS 2012, 114, hvor en to virksomheder A og B hver var indehaver med 50 % kapitalandelene.

For virksomhed A’s vedkommende var der vedtægtsmæssig hjemmel til at anse denne virksomheds stemmer for udslagsgivende i tilfælde af stemmelighed på generalforsamlingen.

⁶² Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, 2014, side 101.

⁶³ Se f.eks. i forhold til den tilsvarende bestemmelse i selskabsloven. Se f.eks. Schaumburg-Müller og Werlauff i Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, 2014, side 189 ff.

⁶⁴ Se hertil også Erik Werlauff og Gitte Søgaard i Koncernretten, 1. udgave, side 68 ff.

Undtaget herfra var dog en række dispositioner, som vedtægtsbestemt krævede enighed, herunder blandt andet spørgsmål om ændring af selskabets virke, ansættelse og afskedigelse af personale, ændring af direktørers ansættelsesvilkår, køb af anlægsaktiver over kr. 50.000, optagelse af lån, køb og salg af fast ejendom og indgåelse og opsigelse af lejekontrakter.

Tillige var der vedtægtsmæssig hjemmel for virksomhed A til at udnævne bestyrelsesformanden blandt de af den pågældende virksomhed valgte bestyrelsesmedlemmer og til at udpege direktionen.

Fra Fondsrådets praksis – og i forhold til en virksomhed, der var pligtig at aflægge regnskab efter IAS 27 (2008), ses den såkaldte F.E. Bording A/S-sag (journal nr. 2009-0019048):

FE Bording A/S ejede 50 % af stemmerettighederne i A-Mail Holding A/S. 50 % var ejet af en tysk virksomhed. FE Bording kunne udpege 3 af 4 bestyrelsesmedlemmer. Der var mellem parterne indgået ejeraftale, hvorefter FE Bordings ret til at beholde majoriteten i finansielle og administrative beslutninger, at FE Bording ydede bankfaciliteter til A-Mail Holding. Endvidere fordredes enstemmighed blandt aktionærerne ved en række dispositioner.

På dette grundlag fandt Fondsrådet ikke, at FE Bording reelt kunne udøve bestemmende indflydelse i A-Mail Holding, hvorfor sidstnævnte ikke skulle indgå i konsolidering.

Se hertil også SKM 2011.843 SR, hvor X ejede 50 % og Y ligeledes 50 % af selskabet Z. Da retten til at udpege direktion og bestyrelsesformand skiftede fra X til Y, skiftede også koncernmoderstatus fra X til Y.

I IAS 27.13.c er forskelle i ”voting power” afgørende. Har således i dette regi en virksomhed ret til alene at udpege en antalsmæssig minoritet af medlemmer i organet, men har disse medlemmer tilsammen over halvdelen af mængden af ”voting power”, vil virksomheden alt-andet-lige blive betragtet som koncernmoder.

Princippet illustreres ved følgende eksempel fra forståelsen af den tilsvarende bestemmelse i IAS 27 (2008)-standarden:

A ejer mindre end halvdelen af stemmerettighederne i B. Bestyrelsen består af 8 medlemmer. A udpeger 4 medlemmer og 2 andre kapitalejere udpeger hver 2. Eet af A's bestyrelsesmedlemmer er formand og er tillagt den udslagsgivende stemme ved stemmelighed. A er herefter koncernmoder i forhold til koncerndatteren B i IAS 27 (2008)-sammenhæng – men antageligvis ikke efter ÅRS's bestemmelser.

Se også afgørelse i ESMA EECS/0209-04, som er omtalt i afsnit 4.3.5.7.3.

Fra dansk skatterets regler om national sambeskatning findes i selskabsskattelovens en lignende regel.

I TfS 2007, 608 var det SKAT's indstilling, at en B-aktionær med en kapitalandel på 90 % bestående af B-aktier, hvortil var knyttet mindre end halvdelen af stemmerettighederne, allerede i kraft af retten til at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmer, herunder formanden, der i tilfælde af stemmelighed var udstyret med den udslagsgivende stemme, havde kontrol/bestemmende indflydelse og dermed blev koncernmoder i koncernen. (I sagen forelå tillige koncernrelation i kraft af den i forhold til SL tilsvarende bestemmelse om udøvelse af bestemmende indflydelse over en koncerndatters driftsmæssige og finansielle ledelse).

Tilsvarende ses inden for reglerne om national sambeskatning SKAT's stillingtagen i TfS 2006, 267, hvor 2 aktionærer hver ejede 50 % af såvel kapital som stemmerettigheder, men hvor en ejerftale gav den ene kapitalejer retten til at udpege 3 ud af 4 bestyrelsesmedlemmer, hvorefter der efter SKAT's opfattelse forelå koncernrelation mellem det selskab, der kunne udpege 3 bestyrelsesmedlemmer, og virksomheden.

Bestemmelsen siger intet om grundlaget for den mulige koncernmoders beføjelse.

Da adgangen til at udnævne flertallet af medlemmer i det øverste ledelsesorgan almindeligvis allerede består med grundlag i en præmis som i bestemmelsens nr. 1 (råderet over mere end halvdelen af stemmerettigheder), må det antages, at f.eks. aftale kan være grundlaget for en sådan beføjelse, men andre de facto-momenter kan ikke udelukkes, og en udvidende fortolkning af bestemmelsen kan på denne baggrund ikke udelukkes.⁶⁵

Bestemmelsen implementerer den obligatoriske bestemmelse i artikel 22, stk. 1, litra b i regnskabsdirektivet (2013). Værd at notere sig er det i den sammenhæng, at den direktivbaserede bestemmelse under henvisning til sin ordlyd forudsætter, at den mulige koncernmoder er selskabsdeltager, hvilket krav ikke foreligger i IAS 27.13.c eller i den danske ordlyd.

⁶⁵ Paul Krüger Andersen er i Aktie- og anpartsselskabsret – kapital-selskaber, 12. udgave, 2013, side 541 ff, inde på, at den tilsvarende bestemmelse i selskabsloven ikke vil få selvstændig betydning, idet han hermed antager, at stemmerettigheder er adgangen til udnævnelse eller afsættelse af flertallet af medlemmer i det øverste ledelsesorgan. Dette synspunkt kan ikke tiltrædes, idet bestemmelsen ikke begrænser grundlaget for beføjelsens udøvelse til stemmerettigheder.

Igen gælder parallelt, hvad også ovenfor er nævnt om dansk rets ”implementeren sig” ud af ejerskabskravet ved at udnytte mulighederne herfor gennem implementering af den fakultative artikel 22, stk. 2, litra a.

Nr. 4: råderet over faktisk stemmeflertal på generalforsamling eller i et tilsvarende organ og derved besiddelse af den faktiske bestemmende indflydelse over virksomheden:

Bestemmelsen om de facto-stemmeflertal ses ikke i selve IAS 27 (2008)-teksten, men udledes af det ”statement”, som af IASB-organisationen blev fremsat i IASB Update, October 2005, jf. hvad i øvrigt er anført herom i afsnit 4.3.5.8.

Indtil dette ”statement” havde der udviklet sig en forskelligartet praksis i forhold til spørgsmålet om de facto-stemmeflerhed i situationer, hvor en koncernmoder uden et simpelt flertal alligevel kunne dominere generalforsamling og andre lignende organer. I den oprindelige udformning af IAS 27 (2008) sås ingen mulighed for de facto kontrol.

Til bestemmelsen er knyttet en række problemstillinger, hvoraf flere bidrager til, at praksis fortsat udvikler sig i forskellige retninger:

Særligt karakteristisk er det for denne bestemmelses udformning, at den – i princippet som alle regnskabsretlige koncernbegreber – er tænkt til brug for beskrivelse af fiktionen om en økonomisk enhed i retrospektiv (nemlig det forgangne regnskabsår) og dermed til brug for beslutningen om udarbejdelse af koncernregnskab.

Der udløses ingen retsvirkninger i tilknytning hertil, udover altså i eventuelle krav om koncernregnskaber, og rollen for revisor og/eller virksomhedens ledelse er alene af deskriptiv karakter i forhold til resultatet af beslutninger og dispositioner, som ligger forud for regnskabsaflæggelsestidspunktet.

På den baggrund kan bestemmelsen udformes principbaseret og dermed mindre præcist.

Formålet med bestemmelsen tilsiger med andre ord ikke, at bestemmelsens udformning skal kompliceres af selskabsretlige spørgsmål om simpelt kontra kvalificeret flertal, quorum-spørgsmål, kapitalandele med eller uden repræsentationsret mv. Bestemmelsen skal ikke etablere en juridisk virkelighed – den skal bruges som vejledning til at beskrive en fiktiv økonomisk virkelighed, der er resultatet af en sådan forudgående juridisk virkelighed.

Se hertil Henrik Steffensen m.fl.:⁶⁶ ”Principielt er der ikke behov for præcist ens koncernindikationer med henblik på økonomiske beskrivelser og med henblik på beskyttelsen af aktionærer m.fl. Lovgiver har blot fundet det praktisk med i det væsentlige ligelydende indikationer...Det kan ikke udelukkes, at der eksisterer eller kan opstå faktiske koncernforhold i kraft af andre kriterier, der ikke er sanktionerede af loven”.

I sig selv er udformningen dermed ikke forbundet med store problemer i det omfang, hvor der i øvrigt kan skabes ensartethed i anvendelsen af den.

Problematiske bliver bestemmelsen, når den anvendes ”juridisk” – altså til at etablere og ikke beskrive en retstilstand. Den selskabsretlige regulering i forhold til ”magten” indeholder – og må nødvendigvis i betragtning af kapitalselskabers grundlæggende natur indeholde – langt flere aspekter af ”magt”, jf. nærmere nedenfor.

Med rette får ikke mindst i forbindelse med denne bestemmelse det spørgsmål aktualitet, om enslydende bestemmelser i regnskabsreguleringen og selskabsregulering alligevel kan tillægges forskellig betydning, jf. senere herom.

I koncernregnskabsretlig sammenhæng beror bestemmelsen i overensstemmelse med tænkningen i IAS 27 (2008) således som allerede angivet på en præmis om, at beslutninger om driftsmæssige og finansieringsmæssige spørgsmål og beroende på deltagerrettigheder (”participative rights”) på generalforsamlingen i almindelighed blot vedtages med simpelt stemmeflertal.

Det afgørende spørgsmål er herefter, om en mulig koncernmoder på empirisk grundlag kan siges at have været i en position, hvor den mulige koncernmoders rådighed over stemmerettigheder har haft et omfang, der i praksis ville have indebåret eller reelt indebar magten til alene at kunne stemme beslutninger om driftsmæssige og finansieringsmæssig karakter hjem.

Bestemmelsen vedrører altså forvaltningsmæssige beføjelser i tilknytning til ejerniveauet i modsætning til den netop under nr. 3 omtalte bestemmelse.

”Faktisk” indgår i bestemmelsen med to forskellige betydninger:

I den første sammenhæng er der tale om formuleringen ”faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen”.

Lovmoterne til 2009-loven angiver, at beregningsgrundlaget i denne sammenhæng er tale om ”fremmødte stemmer”.⁶⁷ Uanset at formuleringen ”fremmødte stemmer” rent sprogligt kan synes ubehjælpssomt, giver det i denne sammenhæng imidlertid

⁶⁶ Kommentarer til årsregnskabsloven, 5. udgave, side 1133.

⁶⁷ LFF 171, 2008, punkt 36.

god mening at anvende et ”fremmøde”-begreb, idet en dækkende selskabsretlig term herfor ikke eksisterer.⁶⁸

Et ”faktisk flertal på generalforsamlingen” antages herefter at skulle forstås som et simpelt flertal af stemmerettigheder målt på de på koncerndatterens generalforsamling ”fremmødte stemmer” og kommer dermed til at fremstå som modsætning til absolut flertal.

Anden gang, hvor ”faktisk” indgår i bestemmelsens ordlyd er i forbindelse med ”faktisk bestemmende indflydelse”.

Begrebet er ikke defineret i loven, og der er således ingen vejledning i forhold til eventuelle intentioner om indholdsmæssige forskelle på ”bestemmende indflydelse” og ”faktisk bestemmende indflydelse”.

Med definitionen i bestemmelsens indledning af bestemmende indflydelse som ”beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger”, giver det ingen mening at tale om en ”faktisk beføjelse”, idet en beføjelse pr. definition har de jure karakter.

Ejheller vil det være meningsfyldt at lægge til grund, at ”faktisk” i stedet skulle forstås som ”den faktiske udøvelse af” bestemmende indflydelse, idet dette harmonerer dårligt med ordlyden om, at den faktiske bestemmende indflydelse skal ”besiddes” – altså ikke nødvendigvis aktivt skal udnyttes.

Tilbage står indtrykket af, at den sidstnævnte anvendelse af begrebet ”faktisk” indholdsmæssigt ikke skal tillægges anden selvstændig betydning, end at det har været lovgiver magtpåliggende at understrege bestemmelsens de facto karakter.

Indføjelsen af ordet ”derved” i bestemmelsen understreger bestemmelsens vægtning af årsagsforbindelsen mellem besiddelsen af den bestemmende indflydelse og den måde, den er tilvejebragt på, nemlig ved råderetten over det faktiske flertal på generalforsamlingen eller et tilsvarende organ.

Når det kommer til den IAS 27 (2008)-konforme fortolkning af bestemmelsen, henvises til afsnit 4.3.5.8. Her ses blandt antagelser om en eventuel undergrænse for den mulige koncernmoders de jure-baserede kontrol behandlet, ligesom spørgsmålet om en minoritetsejers adgang til informationer om ejerstruktur som forudsætning for korrekt afgørelse af de facto-spørgsmålet behandles.

⁶⁸ Særligt skal advares mod en eventuel tilskyndelse til at anvende en variant af et ”repræsentationsbegreb”, jf. dette begrebs seneste fastlæggelse i SL § 5, stk. 1, nr. 28 og 29.

Endelig analyseres momenter som de relative ejerandele og spredning af stemmerettigheder, historik i forhold til generalforsamlingsrepræsentation og -afstemninger og samordning af minoritetsinteresser.

Lovmotiverne antager i denne forbindelse, at ”vurderingen skal foretages på baggrund af en mere permanent rådighed over stemmer”.

Der pågår såvel inden for regnskabsretten som inden for selskabsretten til stadighed en diskussion af, hvor mange stemmer, der under forskellige omstændigheder udgør ”faktisk flertal”.

I bet. 1498, der som tidligere omtalt ligger til grund for SL fra 2009, omtales 40 % som tilstrækkeligt under nærmere givne forudsætninger, herunder at det lægges til grund, at råderetten har eksisteret over en vis periode og ikke blot må være af forbigående eller midlertidig karakter.

I henhold til IAS 27 (2008)-principperne vil faktisk flertal f.eks. forekomme i følgende situationer:

Eksempel 1:

Selskab P ejer 48 % af stemmerettighederne i selskab Q, der er børsnoteret. Ingen aktionær i Q har mere end 5 % af stemmerettighederne. De øvrige aktionærer har ikke indgået aftaler om stemmeafgivning for deres samlede beholdning på 52 % af stemmerettighederne. I mange år har ”øvrige aktionærer” ikke været repræsenteret på generalforsamlingen med mere end 30 % af stemmerettighederne. Selskab P udnævner flertallet af ledelsesmedlemmer. Selskab P får herved de facto kontrol/bestemmende indflydelse over selskab Q i kraft af sit faktiske generalforsamlingsflertal og sin mulighed for derigennem at udnævne flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan.

Eksempel 2:

Selskab A råder over 40 % af stemmerettighederne i selskab B. De øvrige 60 % af stemmerettighederne beror hos en enkelt aktionær C, som imidlertid ikke giver møde på generalforsamlingen.

Selskab A har ikke de facto kontrol/bestemmende indflydelse over selskab B, da den passive aktionær C har mulighed for på en hvilken som helst generalforsamling at stemme på sin flerhed af stemmerettigheder og dermed forhindre A i at handle imod den passive aktionær C's interesser.

Eksempel 3:

Selskab A ejer 30 % af stemmerettighederne i selskab K. Selskab K har 5 øvrige aktionærer, der alle er institutionelle investorer. Ingen af disse 5 har mere end 20 % af stemmerettighederne i K. Selvom de ikke deltager i generalforsamlinger, er de kendt for at afholde møder med repræsentanter for A og hinanden.

A har ikke de facto kontrol over K. K har ingen aktionærer med større post af stemmerettigheder end A, men aktionærernes karakter, deres antal og det faktum, at de kommunikerer med hinanden om selskabet, indikerer, at A ikke har effektiv kontrol/bestemmende indflydelse over K. Det må antages, at A ikke kan handle i egen interesse, dominere fastlæggelsen af politikker (i dansk sammenhæng ”beslutninger”) eller benytte sig af K’s aktiver og aktiviteter, som tilhørte de A. Snarere indikerer de øvrige aktionærers karakter, at de i stedet har placeret sig i en position, hvor de kan overvåge A’s dispositioner og involvere sig, hvis de anser det for påkrævet.

Bestemmelsen angiver ”råderet” som grundlaget for udøvelsen af det faktiske flertal af stemmerne. Se i denne sammenhæng ovenfor om dette begreb.

Ligeledes henvises til dette kapitels tidligere bemærkninger vedrørende ”flertal af stemmerne”.

I lighed med, hvad ovenfor er angivet, gælder ej heller her et krav om ejerskab.

Scenarium 3: Det, der ikke fremgår af ordlyden

Den i forarbejderne erklærede præmis fra lovgivers side om, at det danske regnskabsretlige koncernbegreb skal fortolkes IAS 27 (2008)-konformt, indebærer, at i hvert fald to yderligere koncernindikationer må anses at eksistere uden at fremgå af bestemmelsens ordlyd:

IAS 27.13.d (2008) - magten over afstemninger i det øverste ledelsesorgan:

Den første er den i IAS 27.13.d (2008) omhandlede magt til at kunne afgøre afstemninger i det øverste ledelsesorgan efter ”høveder”-princippet, jf. hvad også ovenfor i forbindelse med nr. 3 er anført, og jf. også hvad i afsnit 4.3.5.7.4 er anført.

Bestemmelsens ordlyd er som følger:

”d. Power to cast the majority of votes at meetings of the board of directors or equivalent governing body and control of the entity is by that board or body”.

Som allerede anført ovenfor er det i danske virksomheder almindeligt, at f.eks. bestyrelsesformanden har en afgørende stemme i bestyrelsen, ligesom andre formuleringer genfindes i ejeraftaler mv.

Det kan da også utvivlsomt lægges til grund, at dette moment spiller en rolle i såvel dansk som international praksis.

I international praksis henvises til f.eks. til ESMA EECS/0910-06 og EECS/0407-02 (begge som omtalt i afsnit 4.3.5.7.2).

I dansk praksis ses dette koncernkriterium af naturlige årsager ikke eksplicit nævnt som hjemmel, men at forskelle i magtforholdene – de enkelte mandaters ”tyngde” – i det øverste ledelsesorgan også er et moment i vurderingen af magten hos den part, der har udpegningsretten i forhold til de pågældende ledelsesmedlemmer fremgår blandt andet af TfS 2007, 608 og især af TfS 2012, 114, som begge er omtalt ovenfor.

SIC 12 – special purpose entities

Den anden er koncernindikation i de såkaldte ”special purpose entities” (som i IFRS 10 sammenhæng nu udgør en del af de såkaldte ”strukturerede enheder”).

Her skal ikke gentages analysen af SPE’ens kendetegn og ejheller indholdet af SIC 12’s koncernkriterium, men blot henvises til afsnit 4.3.5.9.⁶⁹

Da der hverken i ÅRL eller i regnskabsdirektivet (2013) er eksplicitte bestemmelser herom, men for så vidt ÅRL blot i lovbemærkningerne henvises hertil under en form af ”renvoi”-betragtning og for så vidt regnskabsdirektivet (2013) blot med artikel 22, stk. 2, nr. 1, er skabt en frivillig mulighed for at kunne etablere en sådan retstilstand, ses ingen anledning til nogen særskilt analyse.

I især ældre koncernregnskabsretlig litteratur ses anført det synspunkt, at ÅRL § 13, stk. 2, nr. 2, om substansbetragtninger kunne være hjemlen til at konsolidere efter SIC 12.⁷⁰

Baggrunden for indførelsen af en sådan bestemmelse er ønsket om at ”reducere misbrugsmuligheder”.⁷¹ Af lovbemærkningerne fremgår tillige, at misbrug af den omhandlede karakter angiveligt ikke skulle have været et stort problem i Danmark.

At sidstnævnte betragtning skulle være korrekt, har det for sig, at der ikke i domstolspraksis ses nogen stillingtagen til problemet.

⁶⁹ For en kreditretlig beskrivelse i dansk sammenhæng af SPE’ere (også kaldt SPV’ere) henvises f.eks. til Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff i Kreditretten, 6. udgave, 2014, side 260 ff.

⁷⁰ Se f.eks. Henrik Steffensen m.fl. i Kommentarer til årsregnskabsloven, 5. udgave, side 1134: ”SIC 12 genfindes ikke i årsregnskabsloven, men kan efter omstændighederne få betragtning ud fra en substansbetragtning, jf. § 13, stk. 2, nr. 2.”

⁷¹ LFF 171 2008, punkt 36.

At problemstillingen imidlertid ikke er fremmed for dansk regnskabsret ses af Fondsrådets FR Bording-afgørelse fra 23. februar 2010 (sagen er tillige omtalt ovenfor).

I den pågældende sag var der tale om en virksomhed, som skulle udarbejde koncernregnskab i overensstemmelse med IAS 27 (2008). Eet af flere spørgsmål i sagen var netop spørgsmålet om konsolidering af en virksomhed, hvis omsætning for 45 % vedkommende genereredes gennem FE Bording-gruppens virksomheder.

Fondsrådet slog fast, at dette forhold ikke i sig selv førte til, at den pågældende virksomhed kunne antages at være en dattervirksomhed. Det anerkendtes, at der efter SIC 12 kunne være en indikation herfor, men at samhandel ikke alene vil kunne statuere koncernrelation, og at der jo i øvrigt lå samhandel uden for koncernen i et omfang, der svarede til 55 % af omsætningen.

Det ubesvarede spørgsmål må herefter være, om en sådan manglende praksis (og tilsynsmæssige interesse?) beror på det forhold, at danske virksomheder, ulig hvad gælder i de fleste europæiske lande, faktisk ikke strukturerer sig med sådanne SPE'ere, eller snarere skal tilskrives det forhold, at SPE-problemstillinger ikke traditionelt har haft nogen væsentlig plads i dansk regnskabstradition (eller for den sags skyld i dansk retlig bevidsthed), men først nu kommer til i takt med udbredelsen af de internationale regnskabsstandarder.

En skatteretlig afgørelse SKM 2013.278 SR vidner om den manglende bevidsthed, der er i forhold til SPE-begrebsapparatet, herunder principal-/agentproblemstillinger. – Skatterådet når frem til en rigtig afgørelse, men efter en noget usikker argumentation.

Sagen handlede i sin kerne om en tysk investeringsenhed af typen ”Spezial-Sondervermögen”. Investeringsenheden havde ikke nogen juridisk personlighed, men ejede gennem to danske selskaber faste ejendomme. Investorerne i den tyske investeringsenhed var forsikringsselskaber. Et tysk selskab A havde funktionen som administrator for investeringsenheden. Som forholdene lå beskrevet for SKAT, må A antages at have været ”agent” og investeringsenheden må antages at have været ”principal”, som disse er beskrevet i IAS 27 (2008)-terminologien om principal-/agentforhold. Ligeledes efter det for skat beskrevne må den tyske investeringsenhed anses for at haft karakter af en såkaldt SPE-enhed. Spørgeren anmodede om Skatterådets stillingtagen til eventuel sambeskatning mellem administrationsselskabet A og de to danske ejendomsselskaber. Spørger anførte, at der ikke skete regnskabsmæssig konsolidering.

I SKAT's begrundelse for afgørelsen konstateres til indledning, at ”En ordlydsfortolkning af bestemmelserne i SEL § 31 C fører altså umiddelbart til, at

A må anses for moderselskab for de to danske ejendomsselskaber i relation til SEL § 31 sambeskatning”. Det fremgår herefter reelt ikke helt klart, hvordan SKAT ved en ”konkret helhedsvurdering” mv. kan nå til det modsatte – men korrekte – resultat. Istædts i afgørelsen kan ses, at SKAT argumenterer netop ud fra SPE- eller principal-/agentbetragtninger.

Fraværet af en eksplicit bestemmelse i ÅRL herom beror i henhold til lovbemærkningerne på det forhold, at SIC 12 er et fortolkningsbidrag og derfor ikke er skrevet ind i lovteksten.

Begrundelsen synes ikke overbevisende i betragtning af spørgsmålets kompleksitet og i betragtning af lovgivers væsentlige fokus i forbindelse med 2009-lovene på de facto-kontrol frem for de jure-kontrol.

I tysk regnskabsret er da også indføjet en bestemmelse (HGB § 290, stk. 2, nr. 4) med følgende ordlyd: ”Beherrschender Einfluss eines Mutterunternehmens besteht stets, wenn4. es bei wirtschaftlicher Betrachtung die Mehrheit der Risiken og Chancen eines Unternehmens trägt, das zur Erreichung eines eng begrenzten und genau definierten Ziels des Mutterunternehmens dient (Zweckgesellschaft). Neben Unternehmen können Zweckgesellschaften auch sonstige juristische Personen des Privatrechts oder unselbständige Sondervermögen des Privatrechts sein, ausgenommen Spezial-Sondervermögen im Sinn des § 2 Absatz 3 des Investmentgesetzes oder vergleichbare ausländische Investvermögen oder als Sondervermögen aufgelegte offene inländische Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen im Sinn des § 284 des Kapitalanlagegesetzbuchs oder vergleichbare EU-Investmentvermögen aufgelegten offenen inländischen Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen im Sinn des § 284 des Kapitalgesetzbuchs vergleichbar sind”.

Den EU-retlige hjemmel til en SIC 12-inspireret bestemmelse er utvivlsomt til stede med regnskabsdirektivets (2013) nuværende udformning af artikel 22, stk. 2, litra a, og begrænsningen vil her alene gå i forhold til den generelle afgrænsning af ÅRL’s anvendelsesområde.

Den koncernregnskabsmæssige relevans af SPE-problemstillinger synes under hensyntagen til formålet med koncernregnskaber jf. afsnit 3.2, utvivlsomt. – I den fiktive økonomiske enhed kan SPE-virksomheder spille en betydelig rolle, og de omgængelsesmæssige muligheder er – som international koncernregnskabshistorie viser (herunder Enron-sagen) – oplagte.

6.1.3.3 Opgørelsen af stemmerettigheder

Som netop belyst ovenfor i denne analyse af det regnskabsretlige koncernbegreb er spørgsmålet om opgørelsesmåden af stemmerettigheder fortsat – og uagtet det

angivelige fokusskifte fra de jure- til de facto-fokus - væsentlig betydning for afgørelsen af, om der foreligger koncernrelation.

Efter ÅRL's formulering er "eksistensen og virkningen" (i modsætning til den "gamle" IAS 27, hvor "besiddelse" (engelsk: owns – tysk "halten")) af aktie-warrants, call-optioner på aktier, gælds- eller egenkapitalinstrumenter, som kan konverteres til ordinære aktier, eller tilsvarende instrumenter, som ved udnyttelse eller konvertering kan give virksomheden stemmerettigheder eller reducere en anden parts stemmerettigheder vedrørende en anden virksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger (potentielle stemmerettigheder) udslagsgivende for, at der ved beregningen af stemmerettigheder skal tages i hensyn hertil i vurderingen af, om en virksomhed har bestemmende indflydelse.

Hensynet bag bestemmelsen er det simple, at sådanne potentielle rettigheder efter omstændighederne kan indebære en vetoret, hvortil knyttes beføjelsen til at styre en koncerndatters økonomiske og driftsmæssige beslutninger.

Beror den manglende materialisering af sådanne stemmerettigheder alene på en ensidig beslutning om en sådan ikke-materialisering, skal sådanne stemmerettigheder tælles med. Alene i de tilfælde, hvor stemmerettighedernes manglende materialisering beror på (endnu) ikke indtrufne forhold, kan stemmerne udelades af beregningen.

Når potentielle stemmerettigheders betydning således skal inddrages, forholdes til alle momenter, som har indflydelse herpå, undtagen ledelsesmæssige intentioner i tilknytning til de potentielle stemmerettigheder og de økonomiske muligheder hos indehaveren af de potentielle rettigheder for at kunne udøve eller konvertere sådanne rettigheder. (Sidstnævnte i øvrigt i modsætning til IFRS 10-standardens).

Også opgørelsen af stemmerettigheder, som ejes, besiddes eller rådes over af koncerndatter/-døtre må indregnes i opgørelsen af stemmerettigheder.

Bestemmelsen herom er udtryk for kravet om, at de reelle magtforhold inden for virksomhedsgrupperingen lægges til grund ved vurderingen af, om koncernforhold opstår.

I konsekvens heraf indebærer bestemmelsen, at egne beholdninger af stemmerettigheder hos koncerndatter eller dennes egne koncerndøtre ikke medregnes, og at egne beholdninger af stemmerettigheder således blot reducerer kravet til koncernmoders stemmerettigheder forholdsmæssigt.

6.1.4 Konvergens og divergens mellem koncernbegreberne i ÅRL, IAS 27 (2008) og regnskabsdirektivet (2013)

I nedenstående figur 6.5 er opstillet en (alt for) forenklet oversigt over sammenhængene mellem de koncernbegreber, som tre sæt af regnskabsregler med relevans for dansk ret indeholder: regnskabsdirektivet (2013), IAS 27 (2008) og lovforslaget med ændringer til ÅRL, sådan som lovforslaget tegner sig uger få før lovens forventede endelige vedtagelse.

Med udgangspunkt heri og i ovenstående analyser af i afsnit 4.3 af IAS 27 (2008)-koncernbegrebet, i afsnit 5.2.2 af koncernbegrebet i regnskabsdirektivet (2013) og just ovenstående af ÅRL's koncernbegreb sættes nu i komparativ belysning fokus på udvalgte emner i tilknytning hertil.

Figur 6.5: Forenklet model af ÅRL's integration med IAS 27 (2008) og regnskabsdirektivet (2013)

ÅRL	IAS 27 (2008)	Regnskabsdirektivet (2013)
Ejerskab stemmer > 50% Formodningsregel Bilag 1 b, nr. 4, 2. pkt.	Ejerskab stemmer > 50% Formodningsregel IAS 27.13.	Besiddelse stemmer > 50% Artikel 22, stk. 1, litra a, obl.
Ejerskab stemmer ≤ 50% Råderet stemmeflertal aftale med andre investorer Bilag 1 b, nr. 4, nr. 1	Ejerskab stemmer ≤ 50% Magt stemmeflertal efter aftale med andre investorer IAS 27.13.a	(Selskabsdeltager) Råderet alene over stemmeflertal, aftale med andre investorer Artikel 22, stk. 1, litra d.ii., obl., jf. artikel 22, stk. 2, litra a, fakultativ
Ejerskab stemmer ≤ 50% Beføjelse styre finansielle og driftsmæssige forhold vedtægt eller aftale Bilag 1 b, nr. 4, nr. 2	Ejerskab stemmer ≤ 50% Magt økonomiske og driftsmæssige politikker vedtægt eller aftale IAS 27.13.b	
Ejerskab stemmer ≤ 50% Beføjelse udpege ledelsesflertal med bestemmende indflydelse ("hovedprincippet") Bilag 1 b, nr. 4, nr. 3	Ejerskab stemmer ≤ 50% Magt udnævne/ afskedige flertallet af medlemmer af øverste ledelse med kontrol ("hovedprincippet") IAS 27.13.c	(Selskabsdeltager) Ret udnævne eller afskedige flertal af medlemmer i organer Artikel 22, stk. 1, litra b, obl., jf. artikel 22, stk. 2, litra a, fakultativ
Ejerskab stemmer ≤ 50% Faktisk stemmeflertal på gf. og derved besiddelse faktisk bestemmende indflydelse Bilag 1 b, nr. 4, nr. 4	Ejerskab stemmer ≤ 50% Faktisk stemmeflertal på gf. og derved besiddelse faktisk bestemmende indflydelse IASB Update, October 2005.	
	Ejerskab stemmer ≤ 50% Magt flertal af stemmer i øverste ledelse, der kontrollerer ("hoveder"-princippet) IAS 27.13.d	
De facto-kontrol på andet grundlag end (evt. alene) forvaltningsmæssige beføjelser. Lovbemærkninger, fortolkning af SIC 12.	De facto-kontrol på andet grundlag end (evt. alene) forvaltningsmæssige beføjelser. SIC 12 – fortolkningsmedd.	Uanset ejerskab: Ret til at udøve bestemmende indflydelse. Ret til at udøve kontrol. Faktisk udøver bestemmende indflydelse. Faktisk udøver kontrol. Artikel 22, stk. 2, litra a. – Fakultativ

I figuren er inden for hver søjle en mørkere markering af de jure-koncernkriterier og en lidt lysere af de facto-koncernkriterier. Reglerne er opstillet på samme række i forhold til den indholdsmæssige sammenhæng, som de har. Hvor der er et blankt felt, er der ikke eksplicit (eller muligvis implicit) bestemmelse i det pågældende regelsæt. For så vidt angår regnskabsdirektivet (2013) er kun nævnt de bestemmelser, som er valgt for implementering i den danske ÅRL.

6.1.4.1 *"Faktisk indflydelse over formel indflydelse"*

For lovgiver var det i forbindelse med vedtagelsen af ÅRL 2009-loven et mantra, at "faktisk indflydelse" skulle have større vægt end "formel indflydelse".

Men afspejles dette da i det omfang, som ikke blot lovbemærkningerne, men også især den retsvidenskabelige litteratur kan give indtryk af?⁷²

En sammenblanding af begreberne ses i både lovbemærkningerne og i dele af retslitteraturen: i det omfang, hvor der måtte menes, at de facto-kontrol kriteriernes antal er øget i forhold til de jure-kontrol, er udsagnet utvivlsomt rigtigt; bestemmelserne om faktisk flertal på generalforsamlingen, jf. IASB Update, October 2005, og de facto-kontrol på andet grundlag end forvaltningsmæssige beføjelser, jf. SIC 12, og ejerskab er kommet til.

Det ændrer imidlertid ikke på, at "power" i IAS 27 (2008) som også nu i IFRS 10 hviler på rettigheder, sådan som det i øvrigt også gælder for de danske begreber "råderet" og "beføjelse til". – I IAS 27 (2008) var der således fem eksplicitte de jure-kriterier, i ÅRL fire eksplicitte og én implicit.

I det omfang, hvor der i stedet måtte menes, at "formelt" forbindes med "ejerskab", må antages følgende:

Bestemmelsen i ÅRL bilag 1 b, nr. 2, (modervirksomhedsdefinitionen) angiver i en situation med flere "konkurrerende" koncernindikationer forrang til den virksomhed der "faktisk kan udøve" den bestemmende indflydelse. I denne bestemmelse er forrangen ligetil (der kræves endog ikke udøvelse). Dette ville under alle omstændigheder have fulgt af en fortolkning af IAS 27 (2008).

Ligeledes følger det af sagens natur, at ejerskab er en forudsætning i formodningsreglen, hvor ejerskab til flertallet af stemmerettigheder statuerer en afkræftelig formodning for koncernrelation.

Den danske lovgivers fremhævelse af forrangen for den faktiske udøvelse af bestemmende indflydelse over ejerskab til stemmerettigheder støder her an mod IAS 27 (2008)-princippet, jf. også hvad i afsnit 4.3.5.2 er nævnt herom.

I IAS 27 (2008) er "eksistensen" af magten til at styre tilstrækkelig for kontrolindikation ud fra en antagelse om, at en passiv indehaver af et flertal af

⁷² Se hertil f.eks. Bunch og Rosenberg i Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, 2014, side 99, Schaumburg-Müller og Werlauff i Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave 2014, f.eks. side 185, hvor der proklameres indførelsen af et "realitetskriterium" i SL's koncernbegreb og fra koncernregnskabsrettens område EY's Indsigt i ÅRL, EY's guide til forståelse af loven, 1. udgave, 2014/15, side 255.

stemmerettigheder vil forholde sig passiv, så længe denne billiger den aktives dispositioner, men at denne ”passive” indehaver af flertallet af stemmerettigheder på ethvert tidspunkt efter eget valg vil kunne sætte sig igennem og udnytte sin magt til således at styre de driftsmæssige og finansielle politikker.

For at afkræfte formodningen ”i særlige tilfælde” og ”klart” er det efter IAS 27 (2008) således ikke nok, at en anden ”faktisk er aktiv”; der skal i hvert fald det mere til, at den passive indehaver af flertallet af stemmerettigheder kan antages at være afskåret fra eller kan antages at ville afholde sig fra at ”træde til” i forhold til de forvaltningsmæssige beføjelser, som er knyttet til flerheden af stemmerettigheder.

Det står på denne baggrund uklart, hvilken rækkevidde forrangen for den faktiske udøvelse af bestemmende indflydelse reelt har i ÅRL’s (og SL’s) koncernbegreb.

For så vidt de øvrige direktivbestemte koncernkriterier påviste analysen af de respektive bestemmelser ovenfor, at den danske lovgiver ved hjælp af implementering af den fakultative artikel 22, stk. 2, litra a, har kunnet implementere de obligatoriske koncernkriterier i artikel 22, stk. 1, parallelt med en ”neutralisering” af det heri indbyggede ejerskabskrav.

Dette bygger på den præmis, at de forskellige koncernindikationer, der kan rummes inden for rammerne af artikel 22, stk. 2, litra a, under alle omstændigheder tillige vil omfatte de koncerner, der vil være resultatet af koncernkriterierne i artikel 22, stk. 1.

Med andre ord: den virksomhed, der efter de obligatoriske koncernkriterier i artikel 22, stk. 1, har råderet alene over flertallet af stemmerettigheder i henhold til aftale eller har ret til at udnævne eller afskedige flertallet af medlemmer i ledelsesorganer, vil alligevel i henhold til artikel 22, stk. 2, litra a, enten have ret til eller faktisk udøve kontrol eller bestemmende indflydelse, og dette uanset ejerskab eller ej.

Den danske lovgiver har hermed valgt ”gold-plating”-implementering af regnskabsdirektivet (2013), hvilket har været en forudsætning for anvendelsen af IAS 27 (2008) som forbillede, og hvilket netop var tilsigtet med ændringen i 2003 af direktivet som allerede beskrevet ovenfor.

6.1.4.2 IAS 27 (2008) – kontrol over flertallet af stemmerettigheder i øverste ledelsesorgan

Bestemmelsen har ikke nogen eksplicit formulering i ÅRL’s bestemmelser, men må jf. hvad ovenfor er anført herom, antages at skulle gælde i henhold til IAS 27 (2008)-forbilledet. Af de grunde, som ovenfor er anført, anses der i forbindelse med denne bestemmelse ikke at foreligge krav om ejerskab.

Bestemmelsen har ikke noget EU-retligt modstykke og må således anses at have sin EU-retlige hjemmel i artikel 22, stk. 2, litra a, i regnskabsdirektivet (2013).

Det bemærkes, at bestemmelsen i givet fald vil være i god overensstemmelse med f.eks. skatteretlig praksis, men at den ikke desuagtet er ny i sammenhæng med ÅRL og SL.

6.1.4.3 *De facto-kontrol på andet grundlag end forvaltningsmæssige beføjelser – SIC 12*

Som anført ovenfor har bestemmelsen ikke sit eksplicite udtryk i bestemmelsen, men skal i det hele gælde i overensstemmelse med forbilledet SIC 12. SIC 12.9 er helt klar på dette område: der kan – men behøver ikke – foreligge nogen ejerandel i forhold til afgørelsen om koncernindikation.

Den EU-retlige hjemmel må antages at være den valgfrie bestemmelse i artikel 22, stk. 2, litra a, der som allerede nævnt ikke indeholder noget ejerskabskrav.

6.1.4.4 *"Faktisk kan udøve" – "faktisk udøver"*

ÅRL, bilag 1 b, punkt 2, fastlægger i situationer med konkurrerende koncernindikationer koncernmoderen som den virksomhed, der faktisk kan udøve den bestemmende indflydelse, jf. hvad ovenfor er anført herom.

I SL § 6 gælder det samme, men det forudsættes, at koncernmoderen "faktisk udøver" – og ikke blot "kan udøve" – den bestemmende indflydelse, jf. nærmere herom i afsnit 6.2.3.3.

ÅRL udtrykker på dette punkt, hvad også gælder i IAS 27 (2008) og må med baggrund i lovmotiverne derfor anses som udtryk for gældende ret – i hvert fald når det gælder koncernregnskabsretten.

Man kunne i denne sammenhæng med terminologi lånt fra andre retsområder anføre, at koncernmoderstatus i koncernregnskabsretlig henseende ikke er en ret eller en pligt, der fortabes ved passivitet.

Sprogbrugen både i regnskabsfaglige publikationer og i praksis ses i visse sammenhænge at sløre denne ganske vigtige skellen, som udgør en betydningsfuld hjørnesteen i forståelsen af IAS 27 (2008)-begrebsapparatet.

Som de foregående afsnit om analyse af delelementerne i ÅRL's koncernbegreb har påvist, er "faktisk" i en række sammenhænge ikke nogen hensigtsmæssig term, når det, der ønskes opnået, er en henvisning til "relationens substans".

6.2 Koncernbegrebet i selskabsloven

Det er en grundlæggende præmis for denne afhandlings behandling af det selskabsretlige koncernbegreb, at SL's koncernbegreb i hovedsagen reelt er at betragte som et appendiks.

Der er gode holdepunkter for et sådant udgangspunkt:

For lovgiver var det i forbindelse med 2009-reformen ikke nogen selvfølge, at SL overhovedet skulle indeholde en koncerndefinition. En henvisning blot til ÅRL's koncernbegreb blev overvejet:

”Udvalget til Modernisering af Selskabsretten har vurderet, at det ikke vil være hensigtsmæssigt at lave en henvisning fra selskabsloven til årsregnskabsloven for definitionen af koncernbegrebet. Da selskabsretten indeholder strafbelagte bestemmelser, hvori koncerndefinitionen er forudsat, bør selskabslovgivningen også indeholde en klar definition heraf i selve loven”.⁷³

Dette skal ses i sammenhæng med, at koncernspørgsmål i betænkningen behandles i det sidste kapitel 17 med overskriften ”diverse”, og at afsnittet i øvrigt lakonisk konstaterer, at:

”...koncerners retsforhold er kun sparsomt reguleret i den danske selskabslovgivning og i årsregnskabsloven. Disse love begrænser sig således i alt væsentligt til at definere, hvornår der foreligger et moder-/datterselskab, og hvornår der skal aflægges koncernregnskab”.

Dernæst er det et faktum, at forarbejderne ikke fokuserer på den materielle ret, som skal være gældende for den selskabsretlige koncern, der således afgrænses ved det valgte koncernbegreb; der forholdes i forarbejderne ganske enkelt ikke til koncernbegrebets funktion som et ”Zweckbegriff”, jf. også afsnit 2.3, der må udvikles under hensyntagen til koncernselskabsrettens raison d'être, jf. afsnit 3.3.

Høj prioritet har for lovgiver således været dels at etablere et internationalt kendt koncernbegreb, og dels at opnå størst mulig ensartethed i forhold til ÅRL's koncernbegreb.

Dette kan antages at bero i hovedsagen på en erkendelse af, at omfanget af kodificeret dansk koncernselskabsretlig regulering er ringe, og at lovgiver fortsat forholder sig afventende i forventning om, at koncernselskabsretlig regulering skal komme fra EU-retten.

⁷³ Bet. 1480, 2008, om Modernisering af Selskabsretten, side 579.

Dette afsnits behandling af det selskabsretlige koncernbegreb afspejler denne præmis:

Til indledning er givet en kort historik på udviklingen af dansk selskabsrets koncernbegreber, som perspektiverer det faktum, at væsentlige aspekter af den tidligste danske forståelse af den selskabsretlige koncern nu med 2009-reformen er genfødt.

Dernæst følger et kort afsnit med analyse af de få forskelle, der i kraft af ordlyden og uagtet ovenstående indledende præmis består mellem ÅRL's og SL's koncernbegreber. I tilknytning hertil indledes med et kort afsnit med betragtninger om de fortolkningsmæssige principper for SL's koncernbegreber.

Til afslutning perspektiveres udvalgte af de selskabsretlige nyskabelser, som IAS 27 (2008)-koncerndefinitionen har tilført dansk ret.

6.2.1 Historik

Med oprettelsen i begyndelsen af 1600-tallet af Ostindisk Kompagni 1616 blev aktieselskaber som ejerform introduceret i dansk erhvervsliv.

Der skulle imidlertid gå 300 år, før en selvstændig lovgivning om aktieselskaber blev gennemført,⁷⁴ idet et lovforberedende arbejde dog havde fundet sted siden århundredeskiftet og blev udmøntet i et udførligt kommissionsudkast i 1901.

I den mellemliggende periode var der blevet udarbejdet og for rigsdagssamlingerne forelagt flere forslag, som dog alle blev anset for at være for vidtgående.

Med loven tilstræbtes regler, hvis øjemed var at bidrage til ”at betrygge befolkningen mod at blive vildledt gennem utilstrækkelig oplysning og manglende klarhed først og fremmest ved selskabers stiftelse, men i øvrigt også med hensyn til selskabernes ledelse, regnskabsaflæggelse og med hensyn til ændringer i selskabernes væsentlige forhold”.⁷⁵

Det kan dermed lægges til grund, at allerede den helt tidlige regulering af kapitalselskaber har været begrundet især i ”Schutzzweck”-hensyn, og i starten altså beskyttelse af den noget bredt definerede målgruppe ”befolkningen”.

Allerede i rigsdagssamlingerne 1923-24 erkendtes bl.a. under indtryk af efterkrigstidens væsentlige økonomiske sammenbrud behovet en række ændringer og tilføjelser i lovgivningen, som blev gennemført i 1930.⁷⁶

⁷⁴ Lov nr. 468 af 29. september 1917.

⁷⁵ Bet. nr. 362 1964 om revision af aktieselskabslovgivningen side 12.

⁷⁶ Lov nr. 123 af 15. april 1930.

Bevæggrundene for lovændringerne dengang kan i vidt omfang genkendes som grundsten i forhold til den tænkning, der stadig i væsentlig grad præger dansk – og i et vidt omfang tillige udenlandsk – selskabsretlig tænkning: ”Schutzzweck” tidligt med ”befolkningen” som målgruppe og senere mere specifikt formuleret ”Schutzzweck” i forhold til kreditorerne ved sikring af et reelt grundlag for stiftelsen og regler for bevarelse af værdier i selskabet, gennemsigtighed for aktionærer i forbindelse med stiftelsen, ligelig behandling af aktionæerne under selskabets drift, ligelig behandling af aktionæerne ved selskabets ophør og anden minoritetsbeskyttelse i øvrigt jfr. også afsnit 3.3.

På trods af en udbredt anvendelse inden for forretningslivet af virksomhedsstrukturer med opbygning af koncerner optrådte særlige koncernregler først inden for selskabsretten i forbindelse med vedtagelsen af 1973-loven,⁷⁷ som således kom til at indeholde dansk selskabsrets første koncerndefinition.

Den selskabsretlige koncerndefinition er senere ændret i 1991⁷⁸ i forbindelse med implementeringen i dansk ret af koncernregnskabsdirektivet⁷⁹ og igen i forbindelse med vedtagelsen af den nugældende selskabslov.⁸⁰

6.2.1.1 *Koncernbegrebet i lov nr. 370 af 13. juni 1973*

I 1957 nedsattes af daværende Handelsministerium en kommission med henblik på udarbejdelse af eventuelle ændringer i aktieselskabslovgivningen. Kommissionen afgav i 1964 bet. 362, som blandt andet indeholdt forslaget om, at koncerner i fremtiden skulle udarbejde koncernregnskaber.

Kendetegnende for udviklingen af dansk koncernselskabsret var det, at bestemmelsen om udarbejdelse af koncernopgørelse var nummereret som § 81, og at definitionen af koncernbegrebet således var nummereret som § 82.

Motivationen bag forslaget om de nye regler var en erkendelse af, at et retvisende billede af koncernens økonomiske stilling ikke var mulig, når koncerndatterselskabsaktier/-anpartar alene i koncernmoderselskabets regnskab var opført med ved en kursværdi i stedet for en vurdering af datterselskabets aktiver og passiver.

Blandt andre forhold blev der peget på, at kreditforhold mellem koncernmoder og koncerndatter – uden at dette særskilt fremgik af koncernmoderselskabets regnskab – kunne have en væsentlig indvirkning på regnskabet.

⁷⁷ Lov nr. 370 af 13. juni 1973.

⁷⁸ Lov nr. 308 af 16. maj 1990.

⁷⁹ Direktiv nr. 83/349 af 13. juni 1983.

⁸⁰ Lov nr. 479 af 12. juni 2009.

Risikoen for udbetaling af udbytte på baggrund af oppustede regnskaber var tillige i fokus:

”Farligst er måske den mulighed, som foreligger for, at en koncern ved overdragelse fra et selskab til et andet kan skabe interne, fiktive gevinster, som i virkeligheden ikke er indtjent”,⁸¹

og endelig var kommissionen opmærksom på, at en herskende aktionærgruppe kunne foreholde den øvrige aktionærgruppe og kreditorer oplysninger med skade for disse til følge.

Kommissionen fandt ikke anledning til at lade andre virksomheder end aktieselskaber omfatte af reglerne. Begrundelsen herfor var – set i nutidens lys – ikke overbevisende.

Således anførtes det i betænkningens bemærkninger til § 82, at ”selv om tilsvarende synspunkter principielt kan anlægges på forhold af samme karakter mellem aktieselskaber og foretagender, der ikke drives i aktieselskabsform, har kommissionen – i overensstemmelse med de fleste udenlandske lovgivninger – ment at burde begrænse anvendelsen af koncernreglerne til de i praksis hyppigst forekommende koncernforhold, hvori såvel moder- som datterselskaber er aktieselskaber.”⁸²

Det bemærkes i den sammenhæng, at anpartsselskabsloven af 1973 kom til at indeholde en koncerndefinition af i al væsentlighed samme beskaffenhed som Aktieselskabsloven, og at det således for koncerndefinitionen blev underordnet, i hvilket omfang koncernselskaberne var aktie- eller anpartsselskaber.⁸³

Parallelt med arbejdet i kommissionen deltog nogle af medlemmerne fra 1961 i det af Nordisk Råd iværksatte arbejde med henblik på opnåelse af større ensartethed i de nordiske aktieselskabslove.

Formålet med den nedsatte kommissions arbejde var at tilvejebringe så vidt muligt ensartede nordiske aktieselskabslove.⁸⁴ Denne målsætning blev dog kun opnået i et vist omfang, idet den danske tilslutning til EF medførte dansk enegang på en række punkter.

I bet. 540 blev koncerndefinitionen foreslået placeret som § 2 (og ikke som § 82 som anført i bet. 362). Det blev samtidig i betænkningen anført, at udvalget anså det for hensigtsmæssigt at give en samlet fremstilling af begrundelsen for, at der i den nye

⁸¹ Bet. 362 1964, side 173

⁸² Bet. 362 1964, side 176.

⁸³ L 1973-06-13 nr. 371.

⁸⁴ Bet. 540 1969, side 8.

aktieselskabslov skulle optages regler om koncernforhold og for den udformning af koncernbegrebet, som blev foreslået.⁸⁵

I retrospektiv konstateres det, at betænkningens således samlede fremstilling af begrundelsen for indførelsen af koncernregulering i omfang blot var på få sider, men at kommissionen allerede dengang i alt væsentligt fokuserede på de principielt samme aspekter af koncernspørgsmålet, som har optaget eftertidens danske lovgivere.

Tilbage står således indtrykket af, at hovedformålet med indførelsen af det første danske selskabsretlige koncernbegreb var at sikre, at foretagendets ledelse og revisor gennem udarbejdelse af koncernregnskab skulle tvinges til at gøre sig selskabets virkelige økonomiske stilling klar, jf. også hvad i afsnit 3.2.2 er angivet herom.

Rimeligvis skal nævnes andre materielle bestemmelser om for eksempel koncerndatterselskabets aktieerhvervelse i koncernmoderselskabet, medarbejderrepræsentation i koncerner, koncernmoderselskabets underretningspligt og regler vedrørende udbyttebetaling i koncernmoderselskaber, hvorved således foruden spørgsmålet om medarbejderrepræsentation også blev introduceret materiel regulering med tilknytning til aktionærs forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser i et minoritetsbeskyttelsesmæssigt perspektiv.

Nogen egentlig begrundelse for ved indførelsen af koncernregler i 1973-loven at lade det blive ved de nævnte bestemmelser fremgår ikke med tydelighed af forarbejderne.

Dog står det klart, at Folketingets beslutning i 1961 om at påbegynde forhandlinger om Danmarks tilslutning til Det Europæiske økonomiske Fællesskab, Fællesmarkedet, foranledigede, at visse erhvervsorganisationer henstillede til handelsministeren at stille en omfattende revision af Aktieselskabsloven i bero, en henstilling som handelsministeren valgte at sidde overhørig under henvisning til det formålstjenlige i inden forhandlingerne med Fællesmarkedet at klargøre danske interesser i forbindelse med den forventede harmonisering af selskabslovgivningen.⁸⁶

Udelukkes kan det vel ikke, at yderligere koncernregulering blandt andet af denne grund blev undladt.

Inspirationen til – og ønsket om koordinering af – ændringerne i 1973-loven i høj grad var inspireret af nordisk ret. Begge de nævnte betænkninger indeholder alene meget korte omtaler af aktieselskabsreguleringen i andre lande end de nordiske, og

⁸⁵ Bet. 540 1969, side 55.

⁸⁶ Bet. nr. 362 1964 om revision af aktieselskabslovgivningen side 5 ff.

for så vidt koncernspørgsmål alene emner i relation til netop regnskabsspørgsmålet.⁸⁷

Der var dog blandt nordiske selskabsjurister fortalere for en mere udbygget koncernregulering efter tysk inspiration.⁸⁸ Det bemærkes i den sammenhæng, at Tyskland med AktG 1965 netop for første gang kodificerede den tyske materielle koncernret efter godt 80 års udvikling af koncernretten, og at der forud for AktG 1965 var lavet et langvarigt og grundigt forarbejde.⁸⁹

Der var tillige i den pågældende periode i international sammenhæng i øvrigt fokus på koncernspørgsmål og dermed inspiration at hente, såfremt lovgiver i kommissorierne måtte have ønsket at prioritere koncernspørgsmål anderledes.

Den i 1969-betænkningen foreslåede koncerndefinition var, i hvert fald til sammenligning med især den tyske opdeling med forskellige former for ”verbundene Unternehmen”, i sin udformning relativt enkel,⁹⁰ og tiden var dengang som tilsyneladende ej heller nu moden til en mere nuanceret og sofistikeret tilgang til den retlige anskuelse i forhold til koncernbegreber.

Hertil bemærkes, at man i 1969-betænkningen udtrykkeligt – og i modsætning til 1964-betænkningen⁹¹ - forudsatte, at samme koncernbegreb skulle anvendes i alle de tilfælde, hvor materielle koncernregler skulle anvendes.⁹²

Den endelige udformning af 1973-lovens koncerndefinition blev som følger:⁹³

⁸⁷ Bet. nr. 362 1964 om revision af aktieselskabslovgivningen side 14 – 25 og Bet. nr. 540 1969 om en fællesnordisk aktieselskabslovgivning side 12 – 15.

⁸⁸ Se for eksempel nærmere Carl Borgström i Koncernrättsliga problem, 1970.

⁸⁹ Nærmere herom i Søren Friis Hansen Europæisk koncernret – bør koncernretten reformeres og kodificeres? 1996 side 70 ff.

⁹⁰ Bet. nr. 540 1969 side 16: ”Ejer et aktieselskab mere end halvdelen af aktiekapitalen i et andet aktieselskab eller en så stor del af aktierne, at de repræsenterer flertallet af stemmerne, anses det førstnævnte som moderselskab og det sidstnævnte som datterselskab. Ejer et moderselskab i forening med et eller flere datterselskaber eller et eller flere datterselskaber tilsammen så mange aktier i et andet selskab som nævnt i 1. punktum, anses sidstnævnte selskab ligeledes som datterselskab af moderselskabet. Stk. 2. Har et aktieselskab i øvrigt på grund af aktiebesiddelse eller aftale en bestemmende indflydelse over et andet aktieselskab og en betydelig andel i dets driftsresultat, anses det førstnævnte selskab ligeledes som moderselskab og det sidstnævnte som datterselskab. Stk. 3. Moder- og datterselskaber udgør i forening en koncern”.

⁹¹ 1964-betænkningen opererede med et noget snævrere koncernbegreb ved anvendelsen i koncernforhold af reglerne om forbud mod erhvervelse af et selskabs egne aktier og reglerne om lån til aktionærer m.fl. Se nærmere bet. nr. 362 1964, side 184.

⁹² Bet. nr. 540 1969, side 56.

⁹³ L 1973-06-13 nr. 370.

§ 2

”Ejer et aktieselskab en så stor del af aktierne i et andet aktieselskab eller af anparterne i et anpartsselskab, at de repræsenterer flertallet af stemmerne, anses det førstnævnte som moderselskab og det sidstnævnte som datterselskab. Ejer et datterselskab eller et moderselskab i forening med et eller flere datterselskaber eller flere datterselskaber tilsammen så mange aktier eller anparter i et andet selskab som nævnt i 1. pkt., anses sidstnævnte selskab ligeledes som datterselskab af moderselskabet.

Stk.2. Har et aktieselskab i øvrigt på grund af aktiebesiddelse, anpartsbesiddelse eller aftale en bestemmende indflydelse over et andet aktieselskab eller over et anpartsselskab og en betydelig andel i dets driftsresultat, anses det førstnævnte selskab ligeledes som moderselskab og det sidstnævnte som datterselskab.

Stk.3. Moder- og datterselskaber udgør i forening en koncern.”

Til grund for såvel § 2, stk. 1, som § 2, stk. 2, lå i 1964-betænkningen en konstatering af, at et nøglebegreb i koncerndefinitionen skulle være ”bestemmende indflydelse”⁹⁴ – et begreb, som til stadighed har båret igennem som grundlæggende princip i forhold til eftertidens danske koncerndefinitioner, også helt til samtiden, hvor den danske lovgiver i øvrigt har bekendt sig til en regnskabsstandard, hvis grundlag er ”kontrol”.

Betænkningen lagde til grund, at ejerskab til mere end halvdelen af aktiekapitalen altid ville indebære koncernrelation. ”Ejerskab” var i denne sammenhæng centralt – stemmemajoriteten kunne således ikke i forhold til § 2, stk. 1, opstå for eksempel i forbindelse med pantsætning af aktier/anparter.

Med baggrund i en konstatering af, at en sådan bestemmelse imidlertid ville være alt for let at omgå,⁹⁵ blev i betænkningen anbefalet en formulering, der således endte med at blive § 2, stk. 2, hvorefter bestemmende indflydelse på andet nærmere angivet grundlag suppleret med en betydelig andel i selskabets driftsresultat skulle medføre et moder-datterselskabsforhold.

Sidstnævnte del, ”betydelig andel i dets driftsresultat”, er en interessant passus set i et nutidigt perspektiv, hvor lovgiver i den aktuelle selskabsretlige koncerndefinition har fravalgt formuleringen ”so as to obtain benefits” i IAS 27 (2008)-formuleringen, uagtet at fortolkningsmæssig ensartethed med denne standard nu er foreskrevet i lovforarbejderne.

⁹⁴ Bet. nr. 362 1964, side 175 ff.

⁹⁵ Bet. nr. 362 1064, side 176.

I praksis viste § 2, stk. 2, sig imidlertid at være forbundet med væsentlige fortolkningsmæssige vanskeligheder:

Fortolkningsmæssige bidrag til forståelsen af begrebet ”bestemmende indflydelse” gav hverken 1964- eller 1969-betænkningerne.

Hertil kom vanskeligheder med at kvalificere begrebet ”betydelig andel i dets driftsresultat” i § 2, stk. 2, hvis nærmere forståelse betænkningerne ej heller gav nærmere anvisninger på.

Formålet med dette led i bestemmelsen antoges i datiden at være ønsket om en begrænsning af koncernforholds opståen, hvor den bestemmende indflydelse beroede på aftaler vedrørende koncerndatterselskabets driftsmæssige aktiviteter, og hvor den karakteristiske genvinst for aftaleparten i sådanne konstruktioner var uafhængig af driftsresultatet.⁹⁶

Det forudsattes dengang, at ”afkastet” i forbindelse med ”bestemmende indflydelse” var knyttet op på den selskabsretlige udlodning af selskabets driftsresultat. ”En betydelig andel i dets driftsresultat” blev derimod forbundet med sådanne aftaler om koncerndatterens erhvervsudøvelse.

I samtiden giver en sådan sondring god mening under hensyntagen til IAS 27 (2008)-standardens opdeling af deltagerrettigheder og beskyttende rettigheder, alt jf. afsnit 4.3.5.3.

I tilknytning hertil opstod tillige usikkerhed omkring formuleringen ”betydelig andel”, idet målestokken herfor antoges at være koncerndatterens forhold – og ikke koncernmoderens forhold.

I forhold til de i § 2, stk. 2, opregnede tilfælde antoges der således at være forskel på, hvornår andelen af driftsresultatet antoges at være ”betydelig”,⁹⁷ idet forskellige momenter per se og forskellige konstellationer af momenter antoges at kunne føre til varierende konklusioner herom.

I tilfældet ”aktie-/anpartsbesiddelse” (faktisk majoritet) antoges således en forholdsmæssig andel af det samlede udbytte at være ”betydelig”, medens eksistensen af udbyttedmæssige præferenceaktier, udbyttegivende gældsbreve og andre finansieringsmæssige konstruktioner i kombination med stemmemajoriteten kunne være afgørende for, om ”betydelig”-kravet kunne anses for opfyldt.

⁹⁶ Se blandt andet Nis Jul Clausen i Det selskabsretlige og konkursretlige koncernbegreb, U.1987B.417.

⁹⁷ Se for eksempel Nis Jul Clausen i Det selskabsretlige og konkursretlige koncernbegreb, U.1987B.417.

6.2.1.2 *Koncernbegrebet i lov nr. 308 af 16. maj1990*

Som ovenfor anført, havde EF-retten allerede forud for Danmarks indtræden i EF i 1972 indirekte haft indflydelse på dansk selskabslovgivning. I tiden efter den danske indtræden skulle imidlertid en række direktiver, herunder regnskabsdirektiverne, implementeres i dansk ret.

I 1990 blev således SL's koncernbegreb ændret i forbindelse med implementeringen af koncernregnskabsdirektivet.

I lovbemærkningerne sås allerede dengang formuleret overvejelser om, at det ansås for unødigt kompliceret at anvende forskellige koncernbegreber i ÅRL og de daværende AL og APL.

Koncernbegrebet fremgik af den ændrede lovs § 2 som følger:

”Et moderselskab udgør sammen med datterselskaberne en koncern.

Stk.2. Et aktieselskab er et moderselskab, hvis det:

- 1) besidder flertallet af stemmerettighederne i et aktie- eller anpartsselskab,
- 2) er aktionær eller anpartshaver i et selskab og har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i selskabets bestyrelse eller, hvor et anpartsselskab ikke har nogen bestyrelse, direktion,
- 3) er aktionær eller anpartshaver og har ret til at udøve en bestemmende indflydelse over selskabet på grundlag af vedtægterne eller aftale med dette i øvrigt
- 4) er aktionær eller anpartshaver og på grundlag af aftale med andre aktionærer eller anpartshavere råder over flertallet af stemmerettighederne i selskabet eller
- 5) besidder aktier eller anparter i et selskab og udøver en bestemmende indflydelse over dette.

Stk.3. Et aktieselskab eller et anpartsselskab, med hvilket et moderselskab har en af de i stk. 2 nævnte forbindelser, er et datterselskab. Dette gælder dog ikke, såfremt den bestemmende indflydelse udøves på grundlag af vedtægter, hvis gyldighed er opretholdt ved § 168, stk 5.

Stk.4. Ved opgørelsen af stemmerettigheder og rettigheder til at udnævne eller afsætte medlemmer af ledelsesorganer medregnes rettigheder, der besiddes af moderselskabet og dets datterselskaber.

Stk.5. Ved opgørelsen af stemmerettigheder i et datterselskab ses der bort fra stemmerettigheder, som knytter sig til aktier eller anparter, der besiddes af datterselskabet selv eller dets datterselskaber.”

Blandt de væsentligste ændringer var den indskrænkning af koncernbegrebet, der lå i, at kapitalejerstatus, eller i det mindste besiddelse af ejerandele, i stk. 2, nr. 2-5, nu blev indført.

Hermed sås en risiko for, at ”bestemmende indflydelse” i den ”tyske forstand” faktisk kunne udøves, uden at der efter bestemmelsen ville foreligge en koncern.

Tillige udgik kravet om ”en betydelig del af datterselskabets driftsresultat,” jf. ovenstående. Lovbemærkningerne var ikke klare i deres begrundelse herfor. – Antageligvis hænger fjernelse af bestemmelsen sammen med det blotte faktum, at et sådant krav ikke fremgik af koncernregnskabsdirektivet.⁹⁸

I bagklogskabens lys konstateres, at lovgiver dermed fjernede grundlaget for dele af de koncernindikationer, som med 2009-loven blev genfødt i form af anvendelsen af SIC 12 som fortolkningsgrundlag – men altså stadig uden at indføre IAS 27 (2008)-standardens formulering ”so as to obtain benefits.

6.2.2 SL's koncernbegreb

Analysen af SL's koncernbegreb begrænses i denne fremstilling, og som allerede angivet i indledningen til dette afsnit, til et kort afsnit om fortolkningsprincipper og til en analyse af de få forskelle i forhold til ÅRL's koncernbegreb, som kan udledes af bestemmelsens ordlyd.

Fremstillingen er derfor at betragte som komparativ i forhold til analysen af ÅRL's koncernbegreb, hvortil henvises.

6.2.2.1 Fortolkning af SL's koncernbegreb

Af lovens forarbejder fremgår som allerede anført, at lovgiver har forudsat en fortolkning af SL's koncernbegreber, der afspejler den regnskabstekniske standard IAS 27 (2008), og en udstrakt ensartethed i forhold til ÅRL's koncernbegreb.

Det må derfor antages, at der fra lovgivers side ikke levnes noget stort rum (hvis noget) for inddragelse af formålsrelaterede eller andre fortolkningsselementer.

I retslitteraturen synes der imidlertid at herske nogen uklarhed herom.

⁹⁸ Paul Krüger Andersen er inde på, at lovgiver ønskede de koncernforhold fjernet, som beroede på kreditforhold og leverandør/aftaerforhold mv., idet disse ikke antoges at have en tilstrækkelig fast og varig karakter til at kunne statuere koncernrelation. Se hertil Studier i dansk koncernret, 1997, side 378.

Se f.eks. Karnov-kommentaren i note 267 til ÅRL § 109: ”Reglerne om koncernbegrebet og udeholdelse søger tilnærmelsesvist at udsondre den reelle, økonomiske koncern, som er relevant for regnskabsbrugerne. Den behøver altså ikke være den samme som den selskabsretlige koncern, til trods for at det selskabsretlige og det økonomiske koncernbegreb ligger tæt på hinanden”.

Erik Werlauff antager, at samme koncernbegreb anvendes på en række andre retsområder: ”De vigtigste retsområder, der nu anvender samme koncernbegreb, er 1. selskabsretten, som behandles her, 2. regnskabsretten, 3. skatteretten (for så vidt angår reglerne om sambeskatning), og 4. børsretten (dog med et ekstra krav om besiddelse af 1/3 af stemmerne)”.⁹⁹

Paul Krüger Andersen antager, at ÅRL og SL’s koncernbegreber stort set skal være sammenfaldende.¹⁰⁰

Konsekvensen af lovgivers forudsætning om fortolkning i overensstemmelse med IAS 27 (2008) indebærer dermed et brud på dansk rets sædvanlige inddragelse af formålet med bestemmelsen i fortolkningsprocessen; for så vidt angår ÅRL-koncernbegrebet er der sammenfald med IAS 27 (2008)-standardens *raison d’être*. Det er der imidlertid ikke for så vidt angår SL’s koncernbegreb, alt jf. hvad i kapitel 3 er anført herom.

6.2.2.1.1 Fortolkningsmæssige principper

SL er national regulering, når bortses fra enkelte bestemmelser, der er implementeret fra EU-retten.

I tilknytning til SL’s koncernbegreb er der i al væsentlighed tale om, at 2. selskabsdirektivs artikel 24 a, stk. 1, og gennemsigtighedsdirektivets (2004/109/EF) artikel 2, stk. 1, litra f, og stk. 2, er implementeret i § 7, stk. 5.

I modsætning til ÅRL’s koncernbegreb er der bortset herfra ikke tale om, at SL’s koncernbegreb per se skal implementere EU-bestemmelser. SL’s koncernbegreb skal altså jf. lovbemærkningerne fortolkes alene med udgangspunkt i IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb, idet dog samme lovbemærkninger forudsætter en betydelig ensartethed mellem ÅRL og SL’s koncernbegreber.

Hvor det indbyrdes kildehierarki i fortolkningsmæssig henseende i forhold således i ÅRL’s tilfælde måtte antages at placere regnskabsdirektivet øverst efterfulgt af IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb og med SL’s koncernbegreb nederst, må kildehierarkiet i SL’s tilfælde antages at være IAS 27 (2008) øverst og efterfulgt af ÅRL’s koncernbegreb.

⁹⁹ Selskabsret, 9. udgave, 2013, side 617.

¹⁰⁰ Aktie- og anparsselskabsret – Kapitalselskaber, 12. udgave, 2013, side 538.

Hvad i øvrigt er anført i afsnit 6.1.3.1 om fortolkningsmæssige principper i tilknytning til ÅRL's koncernbegreb, antages også med de fornødne tilpasninger at gælde for fortolkningsprincipperne for SL's koncernbegreb.

6.2.2.1.2 Fortolkningsmæssige bidrag

Når det handler om fortolkningsmæssige bidrag, henvises indledningsvist til afsnit 6.1.3.1.2, hvor samme emne behandles for så vidt angår ÅRL's koncernbegreb.

I selskabsretlig sammenhæng skal alene erindres om, at SL's koncernbegreb med 2009-reformen er tilført et nyt begrebsapparat og en ny "økonomisk" forståelsesramme for den selskabsretlige koncern, hvorfor eventuel anvendelse af ældre selskabsretlig litteratur og praksis må ske under udstrakt hensyntagen hertil.

6.2.3 Elementerne i SL's koncernbegreb – konvergens og divergens med koncernbegrebet i ÅRL og i IAS 27 (2008)

6.2.3.1 Anvendelsesområdet

I henhold til SL § 1 omfatter loven alene kapitalselskaber, hvortil almindeligvis henregnes aktieselskaber, herunder partnerselskaber, og anpartsselskaber, hvortil henregnes nu også iværksætterselskaber.

Anvendelsesområdet for lovens koncernselskabsretlige regler er dermed mindre bredt end for ÅRL's koncernbegreb, jf. dog også straks nedenfor.

6.2.3.2 Definitionerne

I SL's forstand kan en koncerndatter nu efter 2009-reformen og jf. SL § 1, stk. 1, nr. 3, være et selskab, men behøver ikke være det, og formuleringen flugter nu med koncerndatterbegrebet i både ÅRL og IAS 27 (2008).

Den selskabsretlige koncern består jf. SL § 1, stk. 1, nr. 19, af et moderselskab og dens dattervirksomheder.

I SL's sammenhæng er koncernmoder altid, og i modsætning til ÅRL og IAS 27 (2008), et dansk kapitalselskab, jf. SL § 1, stk. 1, nr. 21.

En koncernmoder er i lighed med ÅRL's koncernbegreb kendetegnet ved, at den har "bestemmende indflydelse" over én eller flere koncerndøtre.

Som det jf. ovenstående også er tilfældet med ÅRL, men modsat IAS 27 (2008), udgør moderselskabet det definitoriske udgangspunkt for koncerndefinitionen.

Loven gælder kun for danske selskaber; af samme grund vil udenlandske koncernmødre ”som udgangspunkt” ikke være omfattet af koncernen, uanset at de måtte have danske koncerndøtre.¹⁰¹

Den nærmere betydning af ”som udgangspunkt” ses ikke af bemærkningerne til loven.

I nogle situationer følger det udtrykkeligt at lovteksten, hvad der skal gælde. Sådan er det f.eks. med SL § 211 om koncerndlån (”og visse udenlandske moderselskabers forpligtelser”) og i bestemmelserne i SL § 141 om koncernrepræsentation.

Hvor en sådan klarhed ikke består, må ræsonneres på den måde, at dansk selskabsret ikke kan pålægge selskaber, der henhører under et fremmed lands lovgivning, pligter, med mindre selskabet foretager en form for etablering her i landet (f.eks. i form af en filial) eller i øvrigt under hensyntagen til de direktivstyrede regler herom opnår så store ejerandele, at der efter gældende dansk ret skal ske registrering heraf, jf. SL § 55.

Den anden vej gælder, at et selskab hjemmehørende i Danmark kan pålægges pligter, som også indebærer aspekter af udenlandske koncernselskaber, f.eks. i forbindelse med opgørelsen af ejerandele, jf. SL § 201.¹⁰²

Paul Krüger Andersen konkluderer, at momenter som EU’s etableringsregler, IP-retlige overvejesler og håndhævelsesproblemstillinger bidrager til en komplicering af gældende ret på dette område og plæderer for en efterfølgelse af den norske lovgivers opregning i loven af, hvornår denne gælder i forhold til udenlandske koncernselskaber, hvilket synspunkt i det hele kan tiltrædes.¹⁰³

6.2.3.3 SL § 6 – konkurrerende koncernindikationer

I SL § 6 gentages, hvad allerede i SL § 5, stk. 1, nr. 19, er anført: at et moderselskab sammen med én eller flere koncerndøtre udgør en koncern.

I lighed med ÅRL gælder det, at en koncern kun kan have een direkte koncernmoder.

Når det kommer til spørgsmålet om konkurrerende koncernindikationer, er der, som allerede anført i afsnit 6.1.3.2.3, hvortil henvises, i såvel ÅRL som SL en bestemmelse, som prioriterer ”faktisk” indflydelse over formel indflydelse, hvilket har været et centralt fokusområde for den danske lovgiver.

¹⁰¹ Bemærkninger til L 170 2008-2009, side 121.

¹⁰² Se hertil også Erik Werlauff i Selskabsret, 9. udgave, 2013, side 618 ff.

¹⁰³ Aktie- og anpartsselskabsret – kapitalselskaber, 12. reviderede udgave, 2013, side 545, note 29.

Med ”formel” indflydelse forstås jf. forarbejderne, at der fra lovgivers side har været tænkt på ejerskab.¹⁰⁴

Som anført under den (næsten) tilsvarende bestemmelse i ÅRL, er SL’s anvendelsesområde her mere snævert; hvis to (eller flere) parter opfylder flere af bestemmelsens koncernindikationer, vil ingen blive koncernmoder, såfremt begge forholder sig passive (jf. ”faktisk udøver”).

Både i ÅRL og i IAS 27 (2008) situationen vil den blotte evne (jf. i ÅRL ”faktisk kan udøve”) derimod indebære koncernindikation.

Af forarbejderne til loven ses ingen forklaring på denne forskel, der reelt har potentialet til at indikere en forskelligartet anvendelse af begrebet. I retslitteraturen ses forskellen ikke beskrevet eller analyseret.

Det står herefter uklart, hvilken retsstilling lovgiver har ønsket etableret, idet bestemmelsens ordlyd synes at være i modstrid med såvel ÅRL som IAS 27 (2008) på dette punkt.

Lovmotivernes understregning af kravet om fortolkning i henhold til IAS 27 (2008) kunne indikere, at samme betydning som i ÅRL er tilsigtet. Forholdet det sig imidlertid sådan, vil fortolkning skulle ske i modstrid med bestemmelsens ordlyd.

6.2.3.4 *Genstanden for den ”bestemmende indflydelse” i selskabsretlig belysning*

Hvad ovenfor i analysen af ÅRL’s koncernbegreb er anført om genstanden for den ”bestemmende indflydelse” og om sondringen mellem forskellige beslutningstemaer skal, jf. også IAS 27 (2008)-standarden ses i en regnskabsmæssig sammenhæng.

I en selskabsretlig sammenhæng melder der sig imidlertid to problemstillinger i tilknytning hertil:

For det første er i henhold til den danske ordlyd det, der skal styres og have bestemmende indflydelse på ikke økonomiske og driftsmæssige politikker, men henholdsvis ”økonomiske og driftsmæssige beslutninger” (i § 6 og § 7, stk. 1), ”finansielle og driftsmæssige forhold” (i § 7, stk. 3, nr. 2) og ”virksomheden” (§ 7, stk. 3, nr. 3 og 4).

¹⁰⁴ En sådan indskrænkende forståelse af ”formel” skaber retsikkerhed. Hvis der med ”formel” menes de jure, vil f.eks. også en aftalebaseret ret være ”formel”. Sidstnævnte er i overensstemmelse med den forståelse, der tidligere også i IAS 27-sammenhæng var af, at magt (”power”) beror på rettigheder, sådan som det nu også explicit fremgår af IFRS 10.B.9.

I bemærkningerne til bestemmelsen angives, at begrebet ”økonomiske og driftsmæssige beslutninger” allerede kendes fra ÅRL.¹⁰⁵ Dette er ikke helt præcist gengivet, idet den tidligere ÅRL omhandlede ”driftsmæssige og finansielle ledelse”.

IAS 27 (2008) terminologien angiver, at der skal være tale om politikker og vel at mærke politikker af den slags, som er velkendte som begreb inden for den erhvervsøkonomiske verden.

Inden for den merkantile verden er modeller vedrørende styringsniveauer velkendte; f.eks. kendes en opdeling med 4 niveauer: det strategiske niveau, det taktiske niveau, det operationelle niveau og altså politikkniveauet, hvor sidstnævnte forbindelse med overordnede beslutninger/vedtagelser, som udgør en i princippet ufravigelig ramme med hensyn til handlemuligheder. Sådanne overordnede politikker ses i koncerner ofte som ”group policies”, der fra koncernledelsens side kanaliseres ned gennem koncern- og ledelsesstrukturer.

Disse har ikke nogen direkte sammenhæng med de kompetenceopdelinger, som kendes fra selskabsretten. Det står således ikke klart, hvilket kompetenceniveau, der i de enkelte bestemmelser skal lægges til grund; i § 6 og § 7, stk. 1, er det i henhold til ordlyden uklart, om der er tale om beslutninger alene på generalforsamlingsniveau, på ledelsesniveau eller eventuelt på begge niveauer. Her hjælper altså ikke umiddelbart SL’s almindelige regler eller retspraksis om kompetencefordeling i selskabet.

”Økonomiske” anvendes i nogen sammenhænge sammen med ”driftsmæssige”, i andre tilfælde anvendes ”finansielle”. I engelsk terminologi er der forskel på betydning af ”economic” og ”financial”.

Dette skal også ses i sammenhæng med den opdeling af kompetenceområder, som er central for korrekt anvendelse af IAS 27 (2008). Det er i IAS 27 (2008) ingenlunde ligegyldigt for koncernindikationen, om den bestemmende indflydelse angår den løbende drift, der er indgangen til at afgøre koncerndatterens økonomiske performance, eller om der er tale om formueplejende investerspørgsmål (”participative” ctr. ”protective” – som er ændret i IFRS 10).

Lovforarbejderne er tavse herom, sådan som det i overvejende grad også er tilfældet for den danske selskabsretlige litteratur.¹⁰⁶

Bemærkelsesværdigt er det i denne sammenhæng, at dansk koncernselskabsret tidligere har haft et lignende element som en interegreret del af koncernbegrebet.

¹⁰⁵ Bemærkningerne til L 170 2008-2009, side 124.

¹⁰⁶ Se hertil også i afsnit 5.3.1.2 om en tilsvarende bevidsthed i tysk koncernselskabsret om, hvilke områder der er centrale i forhold til ”beherrschender Einfluss”. Der er ikke tale om en IAS 27 (2008)-inspireret tilgang, men en tilgang med samme formål og med udgangspunkt i AktG 1965.

Se hertil Nis Jul Clausen om formuleringen ”betydelig del af driftsresultat”:
 ”...Men betragtningen er formentlig den, at det for et normalt
 selskabsdeltager/selskabsforhold ikke alene er karakteristisk, at
 selskabsdeltageren har indflydelse på selskabets forhold, men også at
 selskabsdeltagerens økonomiske afkast er afhængig af selskabets driftsresultat.
 ”¹⁰⁷

En ”oversættelse” eller ”transformering” af disse forskelligartede økonomiske
 termer i forhold til SL’s udgangspunkt om kompetence- og opgavefordeling i
 selskaber synes nu overladt til domstolene, der således får til opgave at subsumere
 erhvervsøkonomiske styringsmetoder under selskabsrettens regler og praksis.

6.2.3.5 *Nye koncernindikationer og -former i ”DK IAS 27 (2008)“-versionen af det danske selskabsretlige koncernbegreb*

Især to nyskabelser er bemærkelsesværdige:

For det første henvises til afsnit 4.3.5.7.4 vedrørende i IAS 27.13.d.

Herefter foreligger som anført koncernindikation, når en enheds øverste
 ledelsesorgan kontrollerer virksomheden, og når en anden enhed ved sine beføjelser
 over for et sådant øverste ledelsesorgan reelt kan udøve indflydelse på grundlag af
 flertallet af disse ledelsesmedlemmers stemmerettigheder i det øverste
 ledelsesorgan. Af betydning er således forskellige bestyrelsesmedlemmers
 forskellige stemmевægte.

Reglen fremgår i lighed med tidligere ikke af koncernbegrebets ordlyd. Fra tidligere
 praksis kendes imidlertid f.eks. vedtægtsbestemmelser om, at bestyrelsesformanden
 har den udslaggivende stemme.¹⁰⁸

Lovmotiverne er tavse om bevæggrundene for at udelade bestemmelsen. Det må nu
 være op til domstolene at afgøre, om reglen i lyset af lovbemærkningernes
 konsistente fremhævelse af IAS 27 (2008)-standarden som fortolkningsbidrag skal
 anses som en del af det danske koncernbegreb, sådan som det ud fra en samlet
 realitetsbedømmelse har meget for sig.

For det andet er SPE-virksomheder (eller strukturerede virksomheder) som begreb
 blevet et fænomen, som koncernselskabsretten nu må forholde sig til.

SIC 12 fortolkningsbidraget, som det er analyseret i afsnit 4.3.5.9, indebærer
 introduktion i dansk koncernselskabsret af en koncernkonstruktion, hvor relationen

¹⁰⁷ U.1987B.417, Det selskabsretlige og konkursretlige koncernbegreb.

ikke beror på sædvanlige selskabsretlige forvaltningsmæssige eller økonomiske beføjelser men på ”relationens substans”, og til grund for hvilket sædvanligvis – men ikke udelukkende – kan ligge et obligationsretligt grundlag.

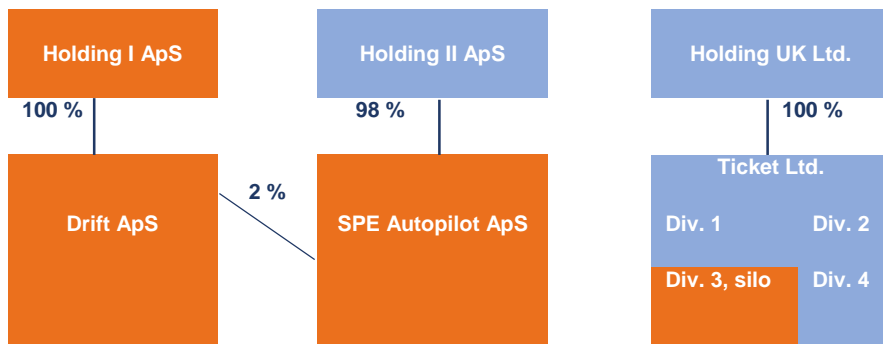
I tilknytning hertil introduceres problemstillinger om principal-/agent forhold og forholdet til såkaldte ”siloer” samt en afvejning af koncernindikationen i forhold til ”risk-/reward”-problemstillinger (jf. også US GAAP terminologien om ”primary beneficiary”).

Til illustration heraf i et selskabsretligt perspektiv følgende konstruerede eksempel:

Drift ApS beskæftiger sig med flytransport. De fly, som anvendes af Drift ApS, ejes af SPE ApS, der igen ejes af Holding II A/S. Mellem SPE ApS og Drift ApS er indgået en aftale om brugsret på flyene i flyenes tekniske levetid, som er beregnet til at være 15 år. Alle vilkår vedrørende vederlæggelse mv. er fastlagt i en for begge parter uopsigelig aftale uden mulighed for genforhandling. Flyene er anskaffet af SPE ApS efter Drifts ApS’s nærmere anvisninger og er malet med Drifts ApS’s kendetegnet.

Billetsalgfunktionen er placeret i et udenlandsk selskab Ticket Ltd., hvori Drift ApS ikke har nogen ejerandel, og som ejes 100 % af Holding UK Ltd. En særskilt division hos Ticket Ltd. arbejder for Drift ApS og benytter i denne sammenhæng Drift ApS’s computersystemer, tryksager mv. Ticket Ltd. har en række andre divisioner, som på tilsvarende måde servicerer andre kunder inden for transportsektoren. Ticket Ltd. ejes 100 % af Holding UK Ltd.

Figur 6.6: Eksempel koncernstruktur med SPE og ”silo”



Det er i lyset af blandt andet ovenstående figur 6.6, at gældende dansk koncernselskabsret skal ses såvel i forhold til den kodificerede som den dommerskabte.

For den kodificerede koncernselskabsret er der således f.eks., men ikke udtømmende, tale om oplysningspligterne, spekulationsforbuddet, reglerne om egne kapitalandele, spørgsmålet om lovlige koncernlån, spørgsmål om indløsningsret og -pligt samt spørgsmålsretten.

For den dommerskabte ret er det f.eks. men ikke udtømmende praksis i forhold til koncernledelse og spørgsmål om identifikation mv.

Det indlysende hensigtsmæssige heri lader sig ikke umiddelbart erkende.

Hvor det synes naturligt for dygtige revisorer at konstruere den talmæssige og fiktive økonomiske enhed på papiret, som viser den samlede aktivmasse, der i det forløbne regnskabsår har været allokert til at give koncernmoder (i US GAAP-terminologi "the primary beneficiary") et afkast, synes det uden logik og uden formål at ville afgøre en række af de problemstillinger, som er formålet med koncernselskabsretten, inden for den ramme, som visse eksempler på den fiktive økonomiske enhed udgør, jf. ovenstående.

Hertil kommer, at der for visse af de af koncernen omfattede enheder vil opstå et "sammenstød" af selskabsretlige koncernindikationer, når også de for dem individuelt gældende selskabsretlige problemstillinger inddrages. En selskabsretlig koncern kan, som den regnskabsretlige, alene have én koncernmoder.

SIC 12-baserede koncernvirksomheder kan antages kun sjældent at optræde i dansk koncernselskabsretlig praksis (men ikke nødvendigvis i dansk erhvervsliv). Den første afgørelse i henhold hertil vil helt utvivlsomt blive studeret nøje.

Sammenfattende kan om koncernforståelsen efter 2009-loven anføres, at en række uafklarede spørgsmål udestår i forhold hertil, jf. også kapitel 7, hvilket ikke er nyt for dansk koncernselskabsret, der siden i hvert fald påbegyndelsen af arbejdet til koncerndirektivet i 1974 har ventet på Bruxelles:

Se hertil Krüger Andersen i 1997 om det tidligere koncernbegreb: "Ændringen af det selskabsretlige koncernbegreb repræsenterer ikke en "løsningsmodel" for stillingtagen til de økonomiske realiteter bag koncerndannelser. Den repræsenterer en bestræbelse på at holde stillingen lidt flydende, indtil afklaringer vedtages i Bruxelles".¹⁰⁹

Om koncernbegrebet i 2009-loven se også Per Schaumburg-Müller og Erik Werlauff i 2014: "Det kan ikke antages, at koncerndefinitionen i selskabsloven har fundet sin endelige skikkelse. Det regnskabsretlige koncernbegreb i IAS 27, som det danske koncernbegreb helt bevidst er modelleret over, blev med virkning fra 1. januar 2014 afløst af et andet koncernbegreb, der er fastlagt i IFRS

¹⁰⁹ Studier i dansk koncernret, 1997, side 448.

10.....Det kan bestemt ikke antages, at selskabslovens § 7's koncernbegreb automatisk skal omfortolkes efter ikrafttrædelsen af IFRS 10.”¹¹⁰

¹¹⁰ Selskabsloven med kommentarer, 2. udgave, side 183.

KAPITEL 7. SAMMENFATNING, KONKLUSIONER OG “VEJEN FREM”

I dette afhandlingens sidste kapitel bindes de foregående afsnits væsentligste resultater sammen i fælles konklusioner. Sigtet er med baggrund i analyserne af de seneste knapt 40 års udvikling af europæiske koncernbegreber at tegne et øjebliksbillede af status både for så vidt angår indholdet af gældende koncernbegreber og den udvikling, der har ført frem til dem.

Som det allerede er fremgået af de tidligere afsnit, kan udviklingen af koncernbegreber langt fra anses for tilendebragt, men en fremtidig udvikling af koncernbegreber må, som al retlig udvikling, stå på skuldrene af de tidligere retstilstande og den tidligere retlige kultur, som de er rundet af. I en samtid – og formentlig også en fremtid – der kendetegnes ved en pluralisme, som rækker ud over retlig pluralisme, og som udfordrer vor gængse opfattelse af ret og tilblivelsen af ret, er forståelsen af fremmede retlige grundprincipper og deres teoretiske forankring forudsætningen for, at også juraen kan navigere globalt.

Dette gælder i høj grad, når det handler om koncernbegreber, idet koncernstrukturer netop indebærer åbenlyse fordele for det erhvervsliv, der ønsker at etablere og udvikle sig globalt.

Med et sådant øjebliksbillede melder sig naturligt spørgsmålet om ”vejen frem”?

Dette spørgsmål besvares ikke i denne afhandling, jf. afhandlingens afgrænsning i afsnit 1.1.3, men med baggrund i en sammenfatning af og konklusion på afhandlingens resultater, søges nogle af de væsentlige spørgsmål i forbindelse hermed stillet og perspektiveret. Andre må samle handsken op og fordybe sig i disse og formentlig en lang række yderligere spørgsmål, sådan som det allerede sker blandt især selskabsretsvidenskabsfolk i Europa i disse år.

Begrebet ”koncern” anvendes bredt i dansk ret. I de fleste andre europæiske lande skelnes mellem virksomhedsgrupper og koncerner, idet den første betegnelse almindeligvis refererer til det, at virksomheder er forbundne efter nærmere specificerede men ofte ganske forskelligartede kriterier, medens sidstnævnte begreb refererer til den delmængde af forbundne virksomheder, mellem hvilke en særlig tæt forbundethed foreligger, og hvor fælles ledelse ofte er et kendetegn.

F.eks. anvendes ”concern” ikke i angelsaksisk ret, hvor alene betegnelsen ”groups” er almindelig. I en sådan sammenhæng anvendes ejheller begrebet koncernregnskab, men i stedet ”consolidated accounts”.

I tysk ret er begrebet "Konzern" veletableret, og betegnelsen "deutsches Konzernrecht" har i europæisk sammenhæng en helt særlig betydning, idet især tysk koncernselskabsret er kendetegnet ved at udgøre et systematisk og integreret retligt regime, der hviler på et fundament af klart formulerede doktriner og jurisprudens. Men også i tysk sammenhæng anvendes begrebet "Gruppe" i forbindelse med regulering især af EU-retlig oprindelse, og hvor det regulerede spørgsmål afgrænses på en fra tysk Konzernrecht-forståelse forskellig måde.

Dette afspejler en helt grundlæggende forskel i koncernforståelsen; i angelsaksisk ret gælder det såkaldte "entity-concept", hvorefter alene reguleres i forhold til den enkelte juridiske enhed. Særsomt koncernregulering kendes i udgangspunktet ikke for virksomheder, der drives på tværs af skellene mellem forskellige juridiske enheder (hvilket udgangspunkt imidlertid i nyere tid og i europæisk sammenhæng er modificeret blandt andet som følge af implementering af EU-retlige bestemmelser af betydning for koncernforhold).

I kontinentaleuropæisk sammenhæng antages "the enterprise concept" at gælde; det anerkendes (almindeligvis i det mindste i praksis), at en koncernvirksomhed udgør en økonomisk enhed på tværs af juridiske enheder.

I lande med tysk Konzernrecht eller tilsvarende kodificeret koncernselskabsretlig regulering er der en lovgivningsmæssig hjemmel hertil, i andre lande er hjemlen omdiskuteret, men såvel i det praktiske erhvervsliv som i domstolspraksis (og ofte i sporadiske kodificerede regler) anerkendes eksistensen af sådanne virksomheder i form af økonomiske enheder som et fait accompli.

Koncernbegrebers "anatomi" er forskellig. Der sondres i retslitteraturen ofte mellem "økonomiske" og "juridiske" koncernbegreber. Denne sondring har den sammenhæng med ovenstående skellen mellem "entity-concept" og "enterprise-concept", at økonomiske koncernbegreber almindeligvis i højere grad er formuleret ved principbaserede elementer, medens juriske koncernbegreber er præcise formuleringer ("bright-lines"), som er velegnede til at præcisere, hvornår ret og pligt etableres og ophører.

Når et koncernbegreb formuleres som et "økonomisk" koncernbegreb, er der tale om et bredt koncernbegreb, som kan rumme den diversitet, som ofte kendetegner "en økonomisk enhed". Derfor antages økonomiske koncernbegreber at være særligt velegnede i forbindelse med udarbejdelse af koncernregnskaber, hvor fleksibilitet i regelanvendelsen ses som et gode, og hvor der i vid udstrækning forudsættes at skulle foretages skøn.

Et "økonomisk" formuleret koncernbegreb ligger også til grund for den tyske Konzernrecht. Men ud over "den økonomiske enhed", der afgrænses ved

"Abhängigkeit" og "beherrschender Einfluss" skal der fælles ledelse, "einheitliche Leitung", til at udgøre en koncern efter AktG § 18.

Juridiske koncernbegreber med "bright-lines" er i deres oprindelse angelsaksiske. De er konkrete og "målbare" og dermed velegnede til at etablere ret og pligt.

Om juridiske og økonomiske koncernbegreber kan også siges, at juridiske koncernbegreber definerer midlerne, forvaltningsmæssige beføjelser, i forhold til koncernetableringen, medens økonomiske koncernbegreber tager udgangspunkt i målet, den økonomiske enhed.

Koncernbegreber er formålsbestemte legaldefinitioner ("Zweckbegriffe"), og afhandlingen har analyseret, hvorledes sådanne formål har været forskellige for forskellige retskulturer, for forskellige faglige discipliner og i forhold til tid.

I angelsaksisk sammenhæng har koncernregnskaber (consolidated accounts) tidligt været udarbejdet med henblik på at forsyne kapitalmarkedets interessenter med oplysninger og har som sådan først og fremmest haft funktion af "varedeklaration". I denne sammenhæng var der ejheller oprindeligt tale om en retlig disciplin, men om en erhvervsøkonomisk disciplin, og den angelsaksiske koncernregnskabsret er som sådan udviklet, anvendt og udbredt af økonomer, herunder især revisorer. Det er også i denne økonomiske sammenhæng, at IASB-organisationens regnskabsstandarder skal ses.

I kontinentaleuropæisk sammenhæng begrundedes derimod udarbejdelsen af koncernregnskaber oprindeligt i beskyttelseshensyn ("Schutzzwecke"): beskyttelse først og fremmest af koncerndøtres minoritetsejere, kreditorer og medarbejdere mod misbrug og omgåelse af de almindelige selskabsretlige principper til skade for de nævnte interessenter, men i perioder har også beskyttelseshensyn i forhold til koncernmoderens minoritetsejere været anført. Sidstnævnte hænger sammen med en antagelse om, at minoritetsejere i en koncernmoder mister den direkte indflydelse på en virksomhed, som drives i en koncerndatter.

I kontinentaleuropæisk sammenhæng kendes også eksempler på offentligretlige hensyn, herunder skatteretlige, som grundlag for krav om koncernregnskaber.

I forhold til "Schutzzweck"-problemstillinger har transparans været et reguleringsmæssigt virkemiddel; gennemsigtighed i forhold til ejerforhold og gennemsigtighed i forhold til koncerninterne transaktioner er forudsætningen for, at minoritetsejere, kreditor, medarbejdere og andre har kunnet agere i forhold til de retlige virkemidler, som er indlagt i forskellige retsområders materielle koncernregler. For selskabsrettens område har sådanne traditionelle materielle beskyttelsesregler almindeligvis været relateret til regler om f.eks. indløsning og regler om kapitalens bevarelse.

Over de seneste årtier er der sket en udvikling, hvor regler i tilknytning til sådanne "Schutzzwecke" er kommet til i de fleste europæiske landes nationale regulering; i nogle sammenhænge er sådanne regler initieret ved EU-direktiver, og i andre tilfælde har de nationale regler lange traditioner for sådanne kodificerede regler eller case law baserede principper.

For en lang række af sådanne "Schutzzweck"-reglers vedkommende er der tale om regler, der ikke nødvendigvis er foranket i selskabsretlig regulering, men også f.eks. i insolvensretlige, konkurrenceretlige, kapitalmarkedsretlige og ansættelsesretlige regelkomplekser.

Med denne udvikling er behovet for Schutzzweck-regulering gradvist blevet (næsten) udtømt, når det handler om fælles EU-retlig regulering.

I stedet er gryet en stigende bevidsthed om, at koncernret tillige har et "enabling-law"-aspekt.

Misbrugs- og omgængelsesmomenter er nu trådt i baggrunden, og i stedet fokuseres på det forretningsmæssige udviklingspotentiale, som ligger i erhvervslivets anvendelse af koncernstrukturer.

I tilknytning hertil efterlyses fleksibilitet i forhold til de almindelige især selskabsretlige regler, som i de fleste europæiske lande sætter retlige begrænsninger for virksomhedernes prioritering af koncerninteressen, der har potentialet til at konflikte med den individuelle selskabsinteresse.

Særligt fokuseres der på den fælles koncernledelse, som i praksis udøves i stort omfang, men som mange landes selskabsretlige reguleringer antages reelt ikke at rumme hjemmel for. Derfor tales nu om, at selskabsretlig koncernregulering i disse år flytter fokus fra "Schutzrecht" til "Organisationsrecht".

Synspunktet om behovet for fælleseuropæiske regler i forhold til dette "Organisationsrecht"-aspekt er særligt blevet fremført af tyske retsvidenskabsfolk, idet tysk Konzernrecht har regler, der opstiller rammer for, hvorledes en sådan koncernledelse kan etableres.

For tyske forretningsfolk anses det derfor for forbundet med retsikkerhed, når disse i grænseoverskridende koncerner har en forventning om at kunne udøve koncernledelse, men samtidig løber en risiko for erstatningssager som følge af ledelsesansvar ved at udøve koncernledelse over koncerndøtre, der er hjemmehørende i lande uden tilsvarende udtrykkeligt kodificerede regler.

Et særligt EU-politisk formål er beskrevet i forarbejderne til såvel regnskabsdirektiver som udkastet til koncerndirektiv, idet EU-retten ser kodificeret

koncernregulering som et middel til dels at udvikle Det Indre Marked og til dels at skabe en "level-playing-field" for europæiske virksomheder og dermed regulere konkurrenceforhold inden for Europa.

Overordnet kan det således konstateres, at perceptionen af formålet med og omfanget og arten af en koncernselskabsretlig regulering er forskellig ud over Europa.

Derfor anerkendes ikke bredt behovet for en begrebsmæssig fastlæggelse af den selskabsretlige koncern og ej heller behovet for at regulere et sådant selskabsretligt fænomen.

Når det gælder koncernregnskaber gælder i princippet samme forskelle, men her har det dog været muligt for EU at etablere visse fælles minimumskrav til konsoliderede regnskaber.

Dette beror imidlertid ikke mindst på en tradition for frivillig udarbejdelse af koncernregnskaber, som rækker langt tilbage i historien, og som først og fremmest var og er drevet af de internationale børsers krav herom.

Det er da også sådanne forskelle i helt grundlæggende retskulturer kombineret med historiske forskelle i virksomhedsstrukturer, der har gjort det vanskeligt for EU at etablere fælles koncernregler; grundlæggende kan på den ene side identificeres den overordnede forståelse af koncernproblemstillinger, at national ret, hvad enten den er kodificeret, baseret på doktriner eller dommerskabt, bedst regulerer koncernselskabsretlige problemstillinger, og at markederne i øvrigt regulerer "efterspørgslen" på koncernregnskaber, og på den anden side at kodificerede fælles regler med indbyggede kontrol- og sanktionsforanstaltninger skal gælde for hele EU.

Hvad er da nået i EU-sammenhæng?

På det regnskabsretlige område er det uomtvisteligt, at det første regnskabsdirektiv og koncernregnskabsdirektivet førte til en højnelse af kvaliteten af regnskaber i de fleste medlemslande.

Lige så uomtvisteligt er det, at landenes implementering af reglerne fra starten af var meget forskelligartet, og at forskelligheden kun er øget efter 2003-ændringen af koncernregnskabsdirektivet i forbindelse med, at direktivet skulle opnå konvergens med IAS 27 (2008) regnskabsstandarden.

En række lande har fortsat alene implementeret minimumskravene i direktivet for så vidt angår konsolideringskredsen, medens andre har "gold-plated" sig frem til et niveau, der tilsvarende eller nærmer sig niveauet for de internationale

regnskabsstandarter, der i øvrigt gælder for virksomheder, der er noterede på verdens børser.

En følge heraf er det, at der må antages at foreligge en betydelig forskel på den relative forekomst af konsoliderede regnskaber for ikke børsnoterede selskaber i Europa, idet kravet om konsoliderede regnskaber qua de forskellige koncernbegreber må antages at udløses efter forskellige kriterier.

Skønt flere udredningsarbejder og forslag har Kommissionen dog ikke kunnet opnå tilslutning til en fælles høj standard, når det kommer til en direktivbasert afgrænsning af konsolideringskredsen. Senest blev det forsøgt i forbindelse med fremsættelsen af forslaget til regnskabsdirektivet (2013) at gøre artikel 22, stk. 2, obligatorisk, hvilket forslag også denne gang faldt.

I Europa er der således et godt stykke vej til en reelt ensartet forståelse af den regnskabsretlige koncern i de (langt fleste) tilfælde, hvor der ikke er tale om børsnoterede selskaber, og nytten af bestræbelserne på at opretholde og ”vedligeholde” den direktivbaserede koncerndefinition er tvivlsom.

Når det kommer til den forordningsbestemte koncernregnskabsret er EU-rettens selvstændige betydning ligeledes tvivlsom, når bortses fra rent politiske hensyn.

Børsnoterede selskaber er i årtier blevet mødt med krav fra børserne i New York, London m.fl. om aflæggelse af koncernregnskaber efter enten US-GAAP eller IASB-standarterne, og dette længe inden forordning 1606/2002.

Kravet om koncernregnskaber efter disse krav var drevet af markedet, ikke af EU, hvis holdning grundlæggende var, at regnskaber efter de direktivbestemte regler var tilstrækkelige også for børsnoterede selskaber.

En række erhvervsmæssige skandaler, herunder Daimler Benz-sagen, medførte, at EU på dette punkt måtte ændre position, og Kommissionen analyserede sine handlemuligheder.

En af disse handlemuligheder havde været at fritage børsnoterede selskaber for pligten til udarbejdelse af koncernregnskaber efter koncernregnskabsdirektivet i tilfælde, hvor der i stedet blev udarbejdet regnskaber efter én af de af børserne anerkendte regnskabsstandarter, således at dobbelt udarbejdelse af koncernregnskaber kunne undgås. Denne mulighed forfulgte man ikke yderligere.

I stedet blev ved forordning besluttet, at børsnoterede selskaber i Europa skulle aflægge koncernregnskaber efter en særlig EU IASB-standard. Det ”særlige” bestod i indførelsen af en særlig komitologi-metode, hvorved Kommissionen efter

indhentning af sagkyndige udtalelser skal godkende de pågældende standarder, som udarbejdes af den private IASB-organisation.

Realiteten er herefter, at der potentielt kan risikere at eksistere flere varianter af en given standard – og dermed i princippet af koncerndefinitionen: den opdaterede, der er udsendt globalt af IASB-organisationen, og de, der ligger i venteposition for godkendelse i EU.

Hertil kommer, at ”ophøjelsen” af en privat organisations standarder til EU-ret i en række medlemslande har rejst spørgsmål af grundlæggende forfatningsmæssig karakter.

Når det handler om den koncernselskabsretlige regulering er en række direktiver implementeret i både selskabsretten og inden for andre retlige områder. Men den fælles forståelse af den selskabsretlige koncern har ikke materialiseret sig i eet eller flere fælles koncernbegreber.

Den væsentligste forklaring herpå må antages at være den netop oven for beskrevne: en række medlemslande ser med baggrund i egen selskabsretlig tradition ikke behovet for en sådan og ønsker i øvrigt fri konkurrence på den selskabsretlige koncernregulering medlemslandene imellem.

Efter det kuldsejlede udkast til koncerndirektivet (9. direktiv), som end ikke nåede at blive officielt fremlagt, har der fra Kommissionens side løbende været foretaget undersøgelser af medlemslandenes stillingtagen til en sådan fælles regulering.

Senest fremlagde Kommissionen en handlingsplan for selskabsretten i december 2012, hvori indgik to punkter af særlig betydning for koncernselskabsretten: 1. øget transparens i forhold til ejerforhold (direktiv forslag er fremsat i 2014), 2. en anerkendelse af koncerninteressen.

Nogen udmøntning af det sidste punkt er endnu ikke set. ”Hearsays” peger i retning af, at der bliver tale om en EU-anbefaling efter TEUF artikel 288, hvorved altså medlemslandene uforpligtende opfordres til at indføre regler, hvorefter koncerninteressen i selskabsretlig henseende anerkendes.

Væsentlige dele af retsvidenskabens (ikke mindst den tyske) plæderer på tværs af landegrænser for kodificerede regler, der i det mindste omhandler grænseoverskridende koncerner, og hvorefter der skal reguleres særskilt for forskellige opdelinger af koncerndøtre blandt andet efter aktivitetstyper.

Tillige foreslås indført særlige ”Sonderberichte” efter tysk forbillede – altså et integreret system med tydelig kodificering af retsvirkninger, kontrol og sanktioner –

men ingen stillingtagen til, hvorledes en eller flere fælles koncerndefinitioner i givet fald skulle udformes.

Blandt de talrige grupperinger af retsvidenskabsfolk, der i årtier har arbejdet med den koncernselskabsretlige problemstilling, har tilsyneladende således alene én beskæftiget sig med det helt grundlæggende spørgsmål om, hvorledes den selskabsretlige koncern kunne defineres: den såkaldte EMCA-gruppe har efter amerikansk forbillede udarbejdet en såkaldt model-selskabslov, hvori et kapitel særskilt beskæftiger sig med koncernselskabsret.

Heri er taget udgangspunkt i en modificeret udgave af IAS 27 (2008)-regnskabsstandardens koncernbegreb, idet der reelt også her indføres en skelnen mellem to forskellige datterselskabstyper, nemlig de 100% ejede og de ikke 100%-ejede.

For så vidt angår tilgangen til de materielle koncernselskabsretlige bestemmelser har EMCA taget udgangspunkt i principper hentet fra den såkaldte Rozenblum-doktrin, som har sit udspring i en dom fra 1984 fra den franske straffedomstol, hvorefter sagen blev ført med udgangspunkt i de franske principper om "abus de biens sociaux" (misbrug af et selskabs aktiver til egne personlige eller andre selskabers formål) og "dirigeant de fait" (faktisk ledelse), og hvori koncerninteressen anerkendtes under givne forudsætninger.

Disse principper har senest påkaldt sig interesse i en række af lande, hvor ikke alene retsvidenskabsfolk har beskrevet og udarbejdet forslag til videreudvikling heraf, men hvor også domstole i en lang række lande (herunder i et enkelt tilfælde også Tyskland) har anvendt alle eller nogle af principperne heri.

Også danske retsvidenskabsfolk har set potentialet i Rozenblum-doktrinen, om end der synes at gælde en fælles antagelse om, at doktrinen endnu må betragtes som ufuldkommen i forhold til anvendelse i dansk ret.

Rozenblum-doktrinen vil i givet fald naturligt kunne ses i en sammenhæng med et organisatorisk koncernbegreb, hvor udarbejdelsen af koncernpolitikker og udøvelse af koncernledelse er i fokus, og hvor der altså ses på "målet" – anerkendelse af koncerninteressen – snarere end på f.eks. forvaltningsbeføjelser og andre momenter fra det "økonomiske" koncernbegreb.

I forbindelse med afhandlingens afsnit om EU-retlige emner er foretaget en retsdogmatisk analyse af koncernbegrebet i regnskabsdirektivet (2013), som forventes implementeret i dansk ret i løbet af sommeren 2015 og med virkning for årsregnskaber med start af regnskabsår pr. 1. januar 2016. - Tillige er i tilknytning til regnskabsretten foretaget en analyse af grundlaget for IASB-standardernes anvendelse i dansk ret. Sådanne er af betydning for afhandlingens analyse af danske

koncernbegreber, som jo inden for regnskabsretten tillige til dels er direktivbestemte.

For så vidt angår den selskabsretlige EU-ret har afhandlingen analyseret, hvorvidt der i kraft af primær EU-ret eller dommerskabt ret kan antages at foreligge et eller flere egentligt selskabsretlige koncernbegreber.

Dette har ikke kunnet påvises med sikkerhed. Et faktum er det dog, at der inden for en række EU-retlige områder træffes afgørelser, som har selskabsretlige implikationer, herunder ikke mindst konkurrencerettens statuering af identifikation i forhold til koncernvirksomheders forsyndelser mod konkurrencerettens regler.

Alene står i selskabsretlig henseende tilbage, at der i henhold til etableringsfriheden må antages at kunne udledes en ikke nærmere bestemt ret til etablering af grænseoverskridende koncerner.

I forhold til EU-retten er forholdt til fortolkningsmæssige problemstillinger, herunder disse som er sædvanlige for retsforholdet mellem EU og et medlemsland, men især også i forhold til netop den nye problemstilling, som opstår med EU-rettens integration af IASB-standarderne.

I eet af afhandlingens tidlige afsnit er analyseret IAS 27 (2008)- og IFRS 10-standardernes koncernbegreber. Placeringen er ingenlunde tilfældig: for det første er IAS 27 (2008) og IFRS 10 ikke retlige standarder.

Derfor er til en indledning i det pågældende afsnit foretaget en faglig kvalificering af regnskabstekniske standarder som IASB-standarderne, ligesom standarderne er perspektiveret i forhold til deres oprindelse, tilblivelse og faglige udgangspunkt for forståelsen af den regnskabsretlige koncern. En indføring i den særlige virksomhedsøkonomiske tænkning (i modsætning til retlige tænkning) og i dele af den internationale økonomiske teori, der ligger til grund herfor, antages at være en forudsætning for at kunne transformere koncernforståelsen heri til en retlig tænkning af samme. Dette er ikke mindst af central betydning for afhandlingens kapitel 6, hvor de nationale danske regnskabsretlige henholdsvis selskabsretlige koncernbegreber analyseres.

Flere for dansk ret fremmedartede principper er således analyseret, herunder især forskellige varianter af modeller for koncernkriterier (kontrolmodellen, fælles kontrolmodellen, "risk-/reward"-modellen), kontrolmodellens bestanddele ("power", "variable returns", link mellem "power" og "variable returns") og begrebet "relevante aktiviteter", og der opstilles i tilknytning hertil en "kontrolligning".

Spørgsmålet om passiv kontrol eller aktiv kontrol er analyseret, ligesom også begreber som ”finansielle og driftsmæssige politikker”, og de jure- og de facto kontrolindikationer er analyseret.

Endelig er også analyseret det for dansk ret foreløbigt relativt sjældent beskrevne fænomen SPE-virksomheder (strukturerede virksomheder) og sådanne virksomheders betydning for konsolideringen.

På baggrund af overgangen fra IAS 27 (2008) til IFRS 10-standarden er foretaget en komparativ sammenligning. De to standarder er væsensforskellige i deres opbygning, idet den tidligere IAS 27 (2008) i hovedsagen var baseret på ”bright-lines” (de jure-kriterier), om end senere bidrag til fortolkningen af standarden (IASB Update, October 2005, og SIC 12) tilførte koncerndefinitionen betydningsfulde de facto koncernkriterier.

IFRS 10-standarden er investororienteret såvel i sin ordlyd som sin form og er i væsentligt omfang principbaseret. Med denne udvikling er omfattende foranalyser i en række tilfælde påkrævet, før skønnet vedrørende eventuelle koncernindikationer kan udføres, og standarden har allerede af den grund sine begrænsninger til brug uden for det regnskabsretlige område, hvor revisorer med adgang til materiale af retrospektiv karakter kan ”designer” det billede af den fiktive økonomiske enhed, som bedst skønnes at kunne opfylde børsmarkedets informationsbehov.

Med baggrund i analyse af forskellene mellem de to standarders ordlyd, og understøttet af tilfældigt udvalgte koncernregnskaber fra såkaldte early adopters af den nye standard konkluderer afhandlingen, at ændringen må antages at medføre ændret konsolidering – ikke nødvendigvis med stor nettoeffekt på balancerne men i form af, at nogle selskaber vil udgå medens andre vil indtræde i konsolideringen, der dermed bliver ”ændret” – men således altså ikke nødvendigvis med betydelige udsving på balancens bundlinje til følge.

Når det kommer til nationale koncernbegreber inden for regnskabs- og selskabsretten, har afhandlingen analyseret og forholdt sig til, hvorledes en sådan ”transformering” fra en regnskabsteknisk standard til retlige regler kan foretages under hensyntagen til fortolkningsprincipper og kilder, der kan inddrages, idet en sådan transformering udfordrer principperne for gængs juridisk fortolkning.

Lovgiver har i forarbejderne til begge love utvetydigt tilkendegivet, at særligt to hensyn her gør sig gældende: begge koncernbegreber skal fortolkes i nøje overensstemmelse med IAS 27 (2008)-standarden, og der skal sikres den størst mulige ensartethed mellem de to nationale koncernbegreber.

For så vidt angår den regnskabsretlige koncerndefinition har dette været mindre kompliceret, idet der har været god overensstemmelse mellem standarden og

koncernbegrebets *raison d'être*. Når det kommer til det selskabsretlige koncernbegreb foreligger en sådan overensstemmelse ikke, og afhandlingen analyserer udvalgte af de påtrængende problemstillinger, som opstår i konsekvens heraf.

Den retsdogmatiske analyse af det nationale regnskabsretlige koncernbegreb har taget udgangspunkt i den præmis, at det danske regnskabsretlige koncernbegreb på én gang skal fortolkes direktivkonformt og på samme tid skal efterleve lovbemærkningernes angivelse af, at der skal fortolkes IAS 27 (2008)-nært.

Analysen har derfor haft fokus på konvergens og divergens inden for denne treenighed. Analysen konstaterer i denne sammenhæng, at 2003-ændringen af koncernregnskabsdirektivet reelt har banet vejen for, at national dansk regnskabsret direktivkonformt har kunnet implementere IAS 27 (2008)-standarden under hensyntagen til direktivbestemmelserne.

For så vidt angår samspillet mellem det direktivbestemte koncernbegreb og det forordningsbestemte koncernbegreb har afhandlingen konstateret, at der i hjemmelsmæssig henseende synes at foreligge en uhensigtsmæssighed.

Pligten til at kræve udarbejdelse af koncernregnskabs for såvel børsnoterede som ikke børsnoterede koncerner antages såvel efter dansk ret som efter EU-retten at være hjemlet i ÅRL § 109, ligesom det tilsvarende antages, at det nationale koncernbegreb er afgørende for, hvornår der skal konsolideres. Dermed er skabt usikkerhed om anvendelsen af koncernbegrebet i EU IFRS 10.

Som allerede angivet ovenfor er det afhandlingens konklusion, at der er forskelle mellem IAS 27 (2008) koncernbegrebet og IFRS 10-koncernbegrebet. Som en følge heraf vil det nationale koncernbegreb derfor ikke i alle tilfælde være sammenfaldende med IFRS 10-standardens koncernbegreb.

Denne uhensigtsmæssighed ses dog ikke afspejlet i praksis; revisorerne synes almindeligvis uagtet denne retstilstand at lægge IFRS 10-standardens koncernbegreb til grund ved afgørelsen om udarbejdelse af konsoliderede regnskaber.

Også i tilknytning til analysen af ÅRS's koncernbegreb ses nødvendigheden af at overveje fortolkningsmæssige principper: forståelsen af en teknisk regnskabsstandard skal kombineres med EU-retlige fortolkningsprincipper og gængse principper for fortolkningen af national ret. En ny praksis skal til at udfolde sig i forbindelse hermed. Afhandlingen giver sit bud på, hvordan en sådan ny praksis kunne udvikle sig.

Analysen påpeger især tre væsentlige problemstillinger:

For det første er det nationale danske koncernbegreb efter sin ordlyd forskellig fra IAS 27 (2008) og de hertil hørende IASB Update, October 2005, og fortolkningsbidraget SIC 12.

Dansk ret har efter ordlyden udeladt eet af de to væsentlige komponenter, som indgår i kontrolligningen: ”so as to obtain benefits”. Lægges herefter alene ordlyden – og ikke lovmotiverne – til grund, får det nationale koncernbegreb et indholdsmæssigt ganske forskelligt indhold. – I IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb er ”benefits” målet – ”power” er midlet. – Efter den danske ordlyd er der alene elementet ”power”, som ukorrekt ligestilles med ”bestemmende indflydelse”, der igen angives at skulle erstatte begrebet ”kontrol”.

Efter lovmotiverne antages formuleringen herved at blive mere ”dansk”, idet det dog lægges til grund, at standarden skal fortolkes i overensstemmelse med IAS 27 (2008).

En sådan dansk vaklen i forhold til det økonomiske element (det i US GAAP bærende element ”primary beneficiary”) er ikke fremmed for dansk ret; ved ændringen af Aktieselskabsloven i 1990 fjernede man den tidligere koncerndefinitions formulering ”en betydelig andel i dets driftsresultat” med samme argumentation.

I en skatteretlig afgørelse lægges det imidlertid med rette til grund, at ”so as to obtain benefits” skal indfortolkes i bestemmelsen, hvor dette må antages at være udtryk for gældende ret.

Den anden problemstilling omhandler de semantiske valg, som lovgiver har truffet både i forbindelse med de nationale koncernbegreber og i forbindelse med den danske oversættelse af EU IFRS 10-standard. Trods lovgivers understregning af, at en grundlæggende forståelse af koncernbegreberne er tilsigtet i national ret, idet IAS 27 (2008)-standardens kontrolkriterium skal gælde, bibeholdes den tidligere anvendelse af det gamle regnskabsdirektivs begreber ”beherrschender Einfluss” – på dansk ”bestemmende indflydelse”. Derved parres en ny koncernforståelse med et semantisk regime, der tilhører en grundlæggende anderledes (og tyskinspireret) koncernforståelse.

Det samme gør sig som anført gældende i den danske oversættelse af EU IFRS 10, hvor en række formuleringer dermed bliver vildledende og i andre tilfælde reelt for en ukorrekt betydning.

Fraværet af en konsekvent koncernretlig begrebsdannelse, der afspejler lovgivers markante nyorientering fra 2009 mod angelsaksisk koncernregnskabsret, anses for en væsentlig udfordring for den fortsatte udvikling af danske koncernbegreber og dansk koncernforståelse i bredere forstand.

Det tredje problem er det faktum, at der til IAS 27 (2008) knyttede sig et fortolkningsbidrag SIC 12. Fortolkningen vedrørte de særlige SPE-problemstillinger, hvor kontrol ikke beroede på forvaltningsmæssige beføjelser, men på "relationens substans", herunder ofte obligationsretlige forhold. I tilknytning til SPE-problemstillinger knytter sig temaer, som for dansk regnskabsret og selskabsret hidtil har været relativt fremmeartede. Det gælder spørgsmål om principal-/agentforhold og spørgsmålet om "siloer". Lovmotiverne indeholder kun ubetydelig vejledning hertil, og kendskabet til dette særlige koncernkriterium fås alene ved at studere lovmotiverne.

I den tyske HGB § 290 er indføjet en særlig bestemmelse herom. Dette eksempel kunne med fordel have været efterfulgt i den danske lovgivning.

Analysen af ÅRS's koncernbegreb har som anført i høj grad været fokuseret på spørgsmålet om konvergens/divergens. Sådanne tvivlsspørgsmål er undersøgt også ved hjælp af den praksis fra EUD, ekstrakter fra europæiske tilsynsmyndigheder, danske domstolsafgørelser inden for især skatterettens område men også andre områder, fra udenlandske domstolsafgørelser og fra Fondsrådets afgørelser.

Tillige er underbygget med eksempler fra den omfattende praksis, der er offentliggjort af "The Big 4", som når det kommer til den økonomisk funderede forståelse af regnskabsstandarden er righoldig og sædvanligvis af høj standard.

For så vidt angår det nationale selskabsretlige koncernbegreb er denne sat ind i en historisk sammenhæng, hvoraf blandt andet kan konstateres, at nogle af de allertidligste elementer af selskabsretlig forståelse, som i en periode har været udeladt af koncernbegrebet, nu med indførelsen af IAS 27 (2008)-standarden har fået en renaissance.

Dette beror på det forhold, at den danske selskabsretlige koncernforståelse i perioden fra implementeringen af koncernregnskabsdirektivet og frem til 2009-reformen var baseret på den daværende udformning af koncernregnskabsdirektivets koncernbegreber, herunder også den tyske indflydelse herpå.

Men IAS 27 (2008)-standarden ses på flere indholdsmæssige punkter en tilbagevenden til en mere angelsaksisk tænkning af koncernbegrebet – blot altså ikke, når det gælder semantiske valg.

Analysen af det nationale selskabsretlige koncernbegreb har alene fokuseret på de ganske få forskelle, som har fulgt af forskelle i ordlyden. I stedet er i et selskabsretligt lys illustreret udvalgte af de nyskabelser, som dansk selskabsret nu skal rumme, herunder koncerner med SPE-virksomheder og "siloer" som koncerndøtre.

Hvor det inden for regnskabsretten giver god mening at inkludere sådanne ”aktiver” i beskrivelsen af den fiktive økonomiske enhed, synes det vanskeligt ud fra en juridisk betragtning at passe sådanne ind i den selskabsretlige koncern. Der er imidlertid ingen tvivl: lovmotiverne er entydige i den specifikke omtale af disse som mulige koncernvirksomheder.

Dermed skal selskabsjurister nu rette opmærksomheden mod at identificere koncernvirksomheder af denne karakter. Ejerbøger og ejeraftaler bliver derfor nu ikke eneste kilde til identifikation af koncernrelationer; i princippet må både skrevne og uskrevne aftalekonstruktioner samt principal-/agentrelationer indgå i overvejelserne for afgrænsningen af den selskabsretlige koncern, ligesom bestemmelserne i SL om retsvirkningerne af koncernforhold opståen og ophør må overvejes ud fra den nye dimension.

Det er imidlertid afhandlingens konklusion, at de to nationale koncernbegreber er (næsten) ens, uagtet at deres *raisons d’être* er helt forskellige. Dette synes ikke at være udslag af overvejelser om tilvejebringelse af en optimal retstilstand, men snarere af ønsket om ensartethed og enkelhed, hvilket i andre sammenhænge i øvrigt kan anerkendes som et formål.

Der er da også, jf. hvad i afhandlingen er anført herom, retsvidenskabsfolk, herunder Erik Werlauff, der er af den opfattelse, at det nuværende selskabsretlige koncernbegreb må betragtes som et overgangsfænomen, mens vi venter på Bruxelles, sådan som Paul Krüger Andersen i øvrigt også så det i forhold til den tidligere koncerndefinition.

Med denne status på regnskabs- og selskabsrettens koncernbegreber afrundes denne afhandling med det, der med Kommissionens ord, kaldes ”vejen frem”?

I denne afhandlings sammenhæng leveres imidlertid ikke en masterplan med svarene herpå, idet formålet i stedet er at rejse nogle af de spørgsmål, som denne afhandlings konklusioner efterlader ubesvarede og åbne for den, som måtte kunne se formålet med at arbejde videre hermed:

Er IASB-standardernes koncernbegreber egnede som grundlag for nationale koncernbegreber?

I betragtning af, hvad i denne afhandlings forudgående afsnit er konstateret omkring internationale forskelle i regnskabsretlige og selskabsretlige koncernbegreber, og herunder også under hensyntagen til EU-Kommissionens bemærkninger i tilknytning til forslaget til koncernregnskabsdirektivet, hvori antoges at regnskabsretlige og selskabsretlige koncernbegreber måtte udformes forskellige, samt kapitel 3, hvori blev analyseret koncernbegrebers *raisons d’être*, kan det

forekomme overraskende, at den danske lovgiver alligevel valgte en (næsten gennemført) "one-size-fits-them-all"-strategi, da 2009-reformerne blev gennemført.

Eet af formålene med indførelsen af IAS 27 (2008)-nære koncernbegreber i ÅRL og SL var jf. afhandlingens kapitel 6 ønsket om koncernbegreber, der var i tråd med den internationale udvikling, og som ville være anvendelige i både danske og internationale koncerner.

I dette lys er det ironisk, at den pågældende standard nu ej længere findes, og at principperne for afgrænsning af konsolideringskredsen i IFRS 10-standardens både i form og indhold er væsensforskellige fra IAS 27 (2008)-standardens.

Dynamisk videreudvikling af de pågældende koncernbegreber og deres fortolkning er nu ophørt, når altså bortses fra dansk regnskabs- og selskabsretlig praksis, og omverdenen har nu rettet blikket mod en "yngre generation" af koncernforståelse.

Når bortses fra dette, er præmissen stadig gyldig for det regnskabsretlige område: der findes nu i dansk ret to forskellige regnskabsretlige koncernbegreber (ÅRL og EU IFRS 10), og den oprindelige intention om alene at anvende eet koncernbegreb anerkendes.

Uagtet erkendelsen som tidligere anført i IASB Update, October 2005, af, at kompleksiteten i IAS 27 (2008)-standardens koncernbegreb stillede krav om professionel ekspertise, synes en sådan i et dansk perspektiv acceptabel i betragtning af, at stillingtagen til krav om konsolidering netop i praksis foretages af revisor i forbindelse med dennes løbende rådgivning af virksomhederne og i særdeleshed med udarbejdelse af regnskaber, hvor informationer og rapporter om virksomhedernes forhold under alle omstændigheder skal foreligge. I tilæg hertil er koncernregnskaber i deres natur retrospektive, hvorfor de for koncernvurderingen nødvendige oplysninger må antages at have en højere grad af tilgængelighed.

Vil det da ud fra denne argumentation kunne anses som naturligt ved en lovændring at lade IFRS 10 danne udgangspunkt for et nyt koncernbegreb i ÅRL?

Antageligvis ikke. Et markant kendetegn ved IFRS 10 er den principbaserede opbygning, som i endnu højere grad end IAS 27 (2008) stiller krav til regnskabsmæssig ekspertise, hvilket må antages at ville øge omkostningsniveauet i forbindelse med koncernregnskabsudarbejdelse for de små og mellemstore koncerner, som der ikke mindst i dansk erhvervsliv er flest af.

Samme erkendelse foreligger hos IASB-organisationen, som nu i en årrække har arbejdet på at udvikle en IFRS for SME-virksomheder. Forud for vedtagelsen af regnskabsdirektivet (2013) gik en overvejelse på at lade dette, herunder dets koncernbegreber, indgå i det nye regnskabsdirektiv (2013). Men blandt andet

koncernbestemmelserne i den foreslåede form ansås for stadig at være for komplicerede (og for nogle medlemslande også i andre henseender uacceptable).¹

For så vidt angår det selskabsretlige koncernbegreb står bevæggrundene for at vælge IAS 27 (2008) som forbillede uklart, når netop koncernbegreber ”i tråd med den internationale udvikling” var en målsætning.

Som anført i afhandlingen i kapitel 5 har det fra starten været en forudsætning inden for EU-retten, at de regnskabsretlige og selskabsretlige koncernbegreber måtte være forskellige – ja, man afstod fra Kommissionens side ved vedtagelsen af koncernregnskabsdirektivet fra at indføje et koncernbegreb i koncernregnskabsdirektivet under hensyntagen til, at en sådan ikke måtte blive bestemmende for eller have afsmittende virkning på et senere ventet selskabsretligt koncernbegreb.

I international sammenhæng er denne fremgangsmåde da også ganske særegen, idet alene EMCA-modelloven som allerede nævnt foruden Danmark eksplicit har valgt denne tilgang.

Som afhandlingens analyser af koncernbegreberne i henholdsvis den danske regnskabsretlige og den danske selskabsretlige regulering viser, kan der da også på visse punkter stilles det relevante spørgsmål, om der blandt danske lovgivere og i retsvidenskaben er taget udgangspunkt i en ”retliggjort” forståelse af en teknisk regnskabsstandard, som grundlæggende er uegnet til (selskabs)retligt brug.

Som det fremgår blandt andet også af den i afhandlingen behandlede praksis og af de ovenfor angivne konklusioner, synes der ikke mindst i forhold til spørgsmålet om SPE-virksomheder, principal-/agentforhold og ”siloer” at være tale om en fremmedartet og international dimension, som hviler på en grundlæggende tænkning af koncernen som ”en fiktiv økonomisk enhed”.

Er koncernbegreberne i ÅRL og SL ens?

Det umiddelbare svar er fra denne afhandlings side ”ja”, når der bortses fra de ganske få forskelle, der følger af ordlyden, og som er analyseret særskilt i kapitel 6.

Lovgiver har i forarbejderne ikke ladet nogen tvivl tilbage om, at dette har været hensigten – også uagtet sædvanlige formålsbetragtninger.

De ovenfor skitserede problemstillinger i det selskabsretlige koncernbegreb medfører imidlertid, at den første retspraksis må imødeses med betydelig spænding.

¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Annual Financial Statements, Consolidated Statements and Related Reports of Certain Types of Undertakings, Comments on Article 22, COM (2011) 684 final.

I forbindelse hermed er det beklageligt, at domstolene kun sjældent tidligere har haft lejlighed til at udtale sig om koncernselskabsretlige problemstillinger i relation til koncernbegrebet.

Bør det danske selskabsretlige koncernbegreb da ændres?

Svaret på dette spørgsmål må grundlæggende bero på lovgivers hensigt med en fremtidig dansk koncernselskabsretlig lovgivning.

Som signalerne tegner fra Bruxelles på tidspunktet for denne afhandling, må forventes, at der vedtages direktiver i forhold til yderligere transparens.

For så vidt angår en samlet koncernselskabsretlig regulering, synes imidlertid selv tilhængere blandt retsteoretikere af en sådan nu at tvivle herpå.

Aktuelt synes forventningen som ovenfor anført at gå i retning af en EU-anbefaling i TEUF artikel 288 forstand til medlemsstaterne om i grænseoverskridende – og kun grænseoverskridende – koncerner at indføre bestemmelser, der sikrer anerkendelse af koncerninteressen. Det nærmere omfang og karakteren heraf, kendes endnu ikke.

Holder disse foreløbige "hearsays", og må Danmark forholde sig til en sådan ikke-bindende anbefaling, er mange forskellige svar herpå mulige:

Se hertil f.eks. Erik Werlauff: "The new optional European group directive should restrict itself to the most necessary questions, thereby guaranteeing the group a uniform treatment in the very central company law areas; that is, definition of the "group"; the parent company's right to coordinate the various companies, perhaps hereby applying a "modified" Rozenblum-doctrine; protection of creditors, and protection of minority shareholders. The directive should be based on the "KIS" principle – keep it simple!"²

Skal Danmark indføre en selskabsretlig Rozenblum-doktrin?

En række europæiske lande blandt de, der hverken har bekendt sig til tysk Konzernrecht eller har et grundlæggende princip om ikke at ville anerkende den selskabsretlige koncerntanke, synes i stigende grad at inddrage Rozenblum-doktrinen i retspraksis.

Selve doktrinen handler grundlæggende om retsvirkningerne af udøvelsen af koncernledelse, men der kan allerede på doktrinens foreløbige udviklingsstade udledes elementer til brug for et selskabsretligt koncernbegreb i overensstemmelse hermed.

² One Stop Group Law? i European Company Law 9, No. 1 (2012), side 4.

Rozenblum-doktrinen omhandler ”Organisationsrecht”-dimensionen af den selskabsretlige koncern, men ikke en række andre selskabsretlige retsfølger af koncerndannelse.

Derfor anses det for muligt at videreudvikle såvel den materielle del af doktrinen som et dertil knyttet koncernbegreb. – Men en koncernbegreb til bredere anvendelse vil antageligvis ikke på dette grundlag kunne udvikles.

Dermed vil en komplet koncernselskabsret skulle operere med flere koncernbegreber. Der er der principielt intet til hinder for; det har skatteretten og tildels EU-konkurrenceretten gjort længe.

Fordelen vil naturligvis være at opnå en koncernselskabsretlig regulering, der matcher det behov, som lige præcis vor samtid prioriterer højt. Tillige synes meget at kunne tyde på, at et sådant koncept kunne få en vis udbredelse blandt vesteuropæiske lande, hvilket må anses som et gode.

Dermed ville imidlertid bidrages til en cementering af, at en ensretning af koncernselskabsretten i Europa ikke ligger lige for. Som afhandlingen viser, kan en sådan tilstand imidlertid under alle omstændigheder ikke antages at ligge lige for.

Der bæres i kraft af denne (manglende) udvikling ved til det bål, der brænder under følgende kætterske spørgsmål: når koncerner arbejder globalt, og når Europa under alle omstændigheder efter 40 år alligevel ikke kan opnå enighed om fælles løsninger, skulle koncernretlige problemstillinger da hellere harmoniseres globalt (eventuelt ved soft law som andre retlige spørgsmål under f.eks. OECD) snarere end europæisk, sådan som det allerede sker inden for regnskabsretten?

Afhandlingen er dermed tilbage ved koncernselskabsrettens Achilleshæl: Efter 40 år venter medlemslandene stadig på EU som Didi og Gogo gør det på Godot i Samuel Becketts absurde skuespil fra 1949 ”Mens vi venter på Godot”.³

³ Vagabonderne Didi og Gogo venter på en næsten død landevej og ved et nøgent træ på Godot, som aldrig kommer. De ved ikke helt, hvad de venter på, og de ved ikke, hvorfor de venter. Mens de venter, beskæftiger de sig med snak, skænderier, filosofisk snak, sang og leg uden på noget tidspunkt at komme ud af stedet. På det gentagne spørgsmål om, hvorfor de bliver, er svaret igen og igen: Vi venter på Godot. Ved slutningen af den anden dag kommer en dreng og fortæller, at Godot først kommer i morgen. Didi og Gogo fortsætter med at vente.

SUMMARY

In 2009 Danish group definitions were changed in accounting law and in company law so as to become similar to the group definitions of the international accounting standard IAS 27 (2008).

Since then the IFRS 10 accounting standard group definition has also by EU-regulation become the mandatory accounting standard for the group accounts of listed group companies.

The Danish legal understanding of the group concept has therefore now been challenged by the fact, that Danish group concepts have become “international”.

In this dissertation two main issues have been addressed:

First the dissertation has by legal method analyzed the contents of these new group concepts:

To do so, the dissertation has discussed the various principles of legal interpretation: since national legal tradition has to be combined with EU-law and the private IASB-organization’s technical accounting standards, traditional Danish legal interpretation methods had to be considered and adjusted accordingly.

Different legal cultures have to be combined with the working methods of economic sciences, since the accounting standards were actually never developed to become legal rules, but instead to be a working method description for accountants all over the world.

One main issue is due to the fact, that the ratio legis of rules plays an important role when interpreting both EU- and national Danish law. However, using an accounting standard for defining a company law “concern” raises a number of questions, which have been analyzed in the dissertation.

The “anatomy” of selected European group concepts has been explored and traditional legal European theory on group concepts has been studied. An anglo-saxon and a continental (mainly german) approach to both accounting and company law group concepts have been analyzed, and as far as company law is concerned “the French approach” (Rozenblum-doctrin) has been analyzed as well.

Secondly the dissertation has focused on the relevance of international accounting standards as inspiration for group concepts.

In a number of Member States constitutional questions are discussed.

Furthermore, as already mentioned above, the group concepts of the international accounting standards were never designed to become codified rules, and certainly not for use in other areas than accounting law. The potential and the limits of accounting standard-based group concepts are analyzed.

In a Danish perspective SPE-related questions, principal-/agent-relationships, “silos”, “participating rights” vs. “protective rights”, “power”, “so as to obtain benefits” are now some of the new phenomena in a company group law context.

The dissertation discusses the consequences of using an “economic” group concept in the company law field where “organizational” group concepts, “legal” group concepts – or none at all – could be seen as more relevant.

LITTERATURFORTEGNELSE

A

- Amby, C. Koncernbegrebet for sambeskatning og i kursgevinstloven. (2006)
- Andersen, L. L. og Werlauff, E. Kreditretten. (6. udgave, 2014).
- Andersen, M. B. It-Retten. (2. udgave 2005).
- Andersen, P. K. Aktie- og anpartsselskabsret – kapitalselskaber. (12. oplag, 2013).
- Andersen, P. K. Studier i dansk koncernret. (1997).
- Andersen, P. K. Europæisk koncernret, quo vadis?. (2012).
- Andersen, P. K. Europæisk selskabsret: Quo vadis? (2012).
- Andersen, P. K. Aktie- og anpartsselskabsret. Kapitalselskaber. (12. reviderede udgave, 2013).
- Andersen, P. K. Das Konzernrecht in Skandinavien. (2002).
- Andersen, P. K. Regulation of Groups from a Danish and Nordic Perspective. (2001).
- Andersen, Paul Krüger. Studier i dansk koncernret. (1997)
- Andersen, T. B. The European Model Company Law Act Project. (2008).
- Armour, J. Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition. (2005).
- Armour, J. The New Company Law - What Matters in an Innovative Economy? (2006).
- Armour, J. How do Legal Rules Evolve? Evidence from a Cross-country Comparison of Shareholder, Creditor and Worker Protection. (2009).
- Armour, J., Hansmann, H. og Kraakman, R. The Essential Elements of Corporate Law. (2009).
- Armour, J. og Ringe, W.-G. European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis. (2011).

B

- Baums, T. og Andersen, P. K. The European Model Company Law Act Project. (2008).
- BDO – IFRS at a Glance.
- BDO's Need to Know IFRS 10 Consolidated Financial Statements. (2013).
- Beams, F., Anthony J. H., Clement, R. P. og Lowensohn, S. H. Advanced Accounting. (2009).
- Beckman, H. The New EU-Directive on Annual and Consolidated Financial Statements and Related Management Reports. (2013).
- Berg, M. Koncernbegrebet (kandidatafhandling). (2011).
- Bettmo, H., Drake, M., Huneide, J. E. og Schwencke, H. R. Konsernregnskap. (1994).
- Birkmose, H., Neville, M. og Sørensen, K. E. Boards of Directors in European Companies – Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties. (2013).

- Bleicher, K. Forderungen strategischer und struktureller Unternehmensentwicklung an die rechtliche Konzipierung des Konzerns. (1988).
- Bloomer, C. The IASC-U.S. Comparison Project: A Report on the Similarities and Differences between IASC Standards and U. S. GAAP. (1999).
- Blumberg, K. A. Legal Form and Economic Substance of Enterprise Groups: Implications for Legal Policy. (2011).
- Borgström, C. Koncernrättsliga problem - en komparativ studie. (1970).
- Böhlhoff, K. og Budde J. Company Groups - the EEC Proposal for a ninth Directive in the Light of the Legal Situation in the Federal Republic of Germany. (1984).
- Bunch, L. og Christensen, L. S. Selskabets egeninteresse – navnlig set i lyset af selskabslovens generalklausuler. (2011).
- Bunch, L. og Rosenberg, I. Selskabsloven med kommentarer. (2. udgave, 2014).
- Bundgaard, J. Koncernskatteretlige neutralitetsstudier. (1999).
- Bundgaard, J. Skatterettens koncernbegreb. (2004).
- Bundgaard, J. Direktivkonformitet ved anvendelsen af ny værnslovgivning på udenlandske mellemholdingselskaber? (2010)
- Bundgaard, P. K. CCCTB - Europa Kommissionens direktivforslag om en konsolideret selskabsskattedatabase. (2011).
- Burkhal, H. P. L, Johansen, T. R. og Olsen, S. K. Regnskabskontrol i EU. (2014).
- Børjesson, J. og Kruhl, M. C. Kapitalejerlån. (2011).

C

- Cahn, A. og Donald, D. C. Comparative Company Law – Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA. (2011).
- Camfferman, K. Perceptions of the Royal Mail Case in the Netherlands". (1998).
- Camfferman, K. Financial Reporting and Global Markets – a History of International Accounting Standards Committee 1973-2000. (2009).
- Camphausen, M. Pengeinstitutterne og den nye selskabslovgivning. (2009).
- Chiappetta, F. og Tombari, U. Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law. (2012).
- Chiu, I. H.-Y. A Confidence Trick: Ex Ante versus Ex Post Frameworks in Minority Investor Protection in the UK. (2014).
- Christensen, J. S. Forslag til en ny lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (kapitalselskaber) - et overblik over betænkning 1498/2008 om modernisering af selskabsretten. (2009).
- Christensen, J. S.. Selskabsloven med kommentarer.(1. udgave, 2012).
- Christensen, J. S. Kapitalselskaber - Aktie- og anpartsselskabsret. (4. udgave, 2014).

- Christensen, L. B. Selskabets egeninteresse - navnlig set i lyset af selskabslovens generalklausuler. (2011).
- Christensen, J. S. Selskabsloven med kommentarer. (1. udgave, 2012).
- Clark, P. Group Accounting in Luxembourg, International Group Accounting. (1993).
- Christiansen, M. International Group Accounting. (1993).
- Clausen, N. J. Det selskabsretlige og konkursretlige koncernbegreb. (1987).
- Clausen, N. J. og Sørensen, K. E. Koncernbegrebet og tilbudspligtens indtræden – et misforstået forsøg på parallelitet i selskabs- og børsretten. (2010).
- Conac, P.-H. Director's Duties in Groups of Companies - Legalizing the Interest of the Group at the European Level. (2013).
- Conac, P.-H. (2007). Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy. (2007).

D

- Dahl, A. S. Kompendium - Koncernregnskab. (2013).
- Dahl, A. S. Håndbogen for ledelsesberetning. (2014).
- Dalgas, A. S. Sambeskatning efter ændring af koncerndefinitionen. (2011).
- Daske, H. Mandatory IFRS Reporting Around the World: Early Evidence on the Economic Consequences. (2008).
- Davies, P. L. og Worthington, S. Principles of Moderne Company Law. (9th Edition, 2012).
- Delesalle, E. Le point sur les réformes comptables en cours, La comptabilité en mouvement, (2002).
- Deloitte. Clearly IFRS – Moving ahead in an IFRS world – A practical Guide to implementing IFRS 10. (2013).
- Deloitte. Business Combinations and Changes in Ownership Interests - a Guide to the Revised IFRS 3 and IAS 27. (2008).
- Deloitte. IFRS - Introduktion til de internationale regnskabsstandarder. (2009).
- Donald, D. og Cahn, A. Comparative Company Law - Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA. (2010).
- Dorresteyn, A., Monteiro, T., Teichmann, C. og Werlauff, E. European Corporate Law. (2. udgave, 2009).
- Dotevall, R. Application of the EU Insolvency Regulation on Multinational Corporations. (2012).
- Druey, J. N. Schlusswort: Der Konzern als unumgänglicher Regelungsgegenstand. (1988).

E

- Edwards, V. EC Company Law. (1999).
- Ellegaard, C. Skattemæssig selskabskvalifikation, konvertible obligationer samt koncerndefinitionen for "dobbelt dip". (2008).
- Emmerich, V. og Habersack, M. Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar.(6. oplag, 2010).
- EMCA. Chapter 16 Groups of Companies.
- Enriques, E. The Comparative Anatomy of Corporate Law. (2004).
- Enriques, L. Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC? (2005).
- Erhvervsministeriet, Modernisering af selskabsretten, betænkning 1498, november 2008.
- Eriknauer, A. W. Managementkontrakter i strategisk og organisatorisk belysning. (1995).
- ESMA – Activities of the IFRS Enforcers in Europe in 2013, maj 2014, ESMA dokument ESMA/2014/551.
- European Company Law Experts. Response to the European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance. (2012).
- Evald, J. Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære. (2004).
- EY. Indsigt i ÅRL – EY's praktiske guide til forståelse af loven. (1. udgave, 2014/2015).
- EY. Challenges in adopting and applying IFRS 10. (2013).
- EY. US GAAP versus IFRS – the Basics. (2012).
- European Company Law Experts,. Response to the European Commission's Consultation on the Future of European Company Law. (2012).

F

- Fedders, J. Koncernregnskaber. (1993).
- Fedders, J. IAS 27 koncernregnskaber. (2001).
- Fedders, J. Virksomhedssammenslutninger – udvalgte problemstillinger. (2003).
- Fedders, J. Ændringer til reglerne om koncernregnskaber og virksomhedssammenslutninger – forslag til ændringer af IFRS 2 og IAS 27. (2005).
- Fedders, J. Ny IFRS om Virksomhedssammenslutninger. (2008).
- Fedders, J. og Steffensen, H. Årsrapport efter internationale regnskabsstandarde - fra dansk praksis til IFRS, (3. udgave, 2008).
- Fedders, J. og Steffensen, H. Årsrapport efter internationale regnskabsstandarde – fra dansk praksis til IFRS. (4. udgave, 2012).
- Fedders, J. IAS 27. Koncernregnskaber. (2001).
- Flower, J. Global Financial Reporting. (2002).
- Flower, J. European Financial Reporting - Adapting to a Changing World. (2004).
- Former Reflection Group on the Future of EU Company Law. Response to the European Commissions' Action Plan on Company Law and Corporate Governance. (2013)

- Flume, J. W. Law and Commerce - the Evolution of Codified Business Law in Europe. (2014).
 Forum Europaeum, Corporate Group Law for Europe. European Business Organization Law Review 1, (2000).
 Forum Europaeum, Konzernrecht für Europa, (1998).
 Forstmoser, P. Haftung im Konzern. (1999).
 Ferrarini, G., Hopt, K. J., Winter, J. og Wymeersch, E. Reforming Company and Takeover Law in Europe. (2003)
 Friis Hansen, S. Europæisk koncernret - bør koncernretten reformeres og kodificeres? (1996).
 Frisch, D. Commercial Law's Complexity. (2011).

G

- Gatti, M. og Enriques, L. The Uneasy Case for TopDown Corporate Law Harmonization in the European Union. (2006).
 Gellert, J. K. og Klausen, T. Hæftelsesgennembrud i et konkurrenceretligt perspektiv. (2011).
 Gernon/Meek. Accounting - An International Perspective. (2001).
 Glautier, M., Underdown, B. og Morris D. Accounting Theory and Practice, (8th edition, 2011).
 Gomard, B. Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner. (1997).
 Gomard, B. Federalisme i koncernretten - e pluribus unum. (1998).
 Gomard, B. Corporate Governance og ejendomsstrukturer. (2000).
 Gower & Davies. Principles of Modern Company Law. (9. udgave, 2012).
 Grant Thornton. Under Control? (2012).
 Gray m.fl. International Group Accounting - Issues in European Harmonization. (1993).
 Greuning, H. v. International Financial Reporting Standards - a practical Guide. (2004).
 Guldmand, V. W. Sambeskatning 2013/2014. (2013).

H

- Haar, B. Corporate Group Law, Encyclopaedia of European Private Law. (2011).
 Habersack, M. m.fl. Gedanken zur konzernweiten Compliance-Verantwortung des Geschäftsleiters eines herrshenden Unternehmen. Recht, Ordnung und Wettbewerb - Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel. (2011).
 Habersack, V. E.. Aktien- und GmbH-Konzernrecht. (6. Auflage, 2010).
 Handkommentar der Reichssteuergesesse: Band II Das Körperschaftssteuergesess vom 16. Oktober 1934. Anleitung zur Waldwerthberechnung, 1866.
 Hans Peter Lindegaard Burkhal, m.fl. Regnskabskontrol i EU. (2014).
 Hansen, J. G., Vinther, N. og Werlauff, E. Sambeskatning 2013(2014).
 Hansen, L. Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende overtagelse og fusion. (2010).
 Hansen, M. P. Common Consolidated Corporate Tax Base - en status efter Kommissionens direktivforslag. (2011).

- Hansen, S. F. The "Takeover" of Corporate Group Law - Examples from a Scandinavian Perspective. (2001).
- Hansen, S. F. Europæisk koncernret – bør koncernretten reformeres og kodificeres? (1996).
- Hansen, H. S. Om virksomhedsbegrebet. Festschrift til Ole Bjørn. (2004).
- Henrichs, J. Bilanzrechtsmodernisierung - ernste Grundsatzfragen aus handels- und gesellschaftsrechtlicher Sicht. (2009).
- Hertig, G. og McCahery, J. A. Optional rather than Mandatory EC Company Law Framework and Specific Proposals. (2007).
- Hijink, S. Towards European Accounting Law? (2012)
- Hirte, H. Die Tochtergesellschaft in der Insolvenz der Muttergesellschaft als Verpfändung von "Konzern"-Aktiva an Dritte. (2009).
- Hoffmann, W. Corporate Governance und Unternehmensperformance. (2012).
- Hofstetter, K. Parent Responsibility for Subsidiary Corporations: evaluating European Trends. (1990).
- Hommelhoff, P. Konzernmodelle und ihre Realisierung im Recht. (1988).
- Hommelhoff, P. Zwölf Fragen zum Konzernrecht in Europa. (1992).
- Hommelhoff, P. Konzernrecht für den Europäischen Binnenmarkt (1992)
- Hommelhoff, P. Grenzüberschreitende Konzernverbindungen. (1992).
- Hommelhoff, P. Konzerneingangs-Schutz durch Takeover-Recht. (1993).
- Hommelhoff, P. Grenzüberschreitende Konzernverbindungen. (1993).
- Hommelhoff, P. Zum Ersatz des deutschen Konzernabschlusses durch den internationalen Konzernabschluss, Aktuelle Entwicklungen in Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung. (1996).
- Hommelhoff, Peter. Deutscher Konzernabschluss: International Accounting Standards und das Grundgesetz. (1996).
- Hommelhoff, P. og Schwab, M. Gesellschaftliche Selbststeuerung im Bilanzrecht – Standard Setting Bodies und Staatliche Regulierungsverantwortung nach deutschem Recht. (1998).
- Hommelhoff, P., Hopt, K., Lutter, M. und Odersky, W. Konzernrecht für Europa – Forum Europaeum Konzernrecht. (1998).
- Hommelhoff, P. Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern? - Eine Problemskizze. (1998).
- Hommelhoff, P. Aktuelle Entwicklungen in Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung.
- Hommelhoff, P. Protection of Minority Shareholders, Investors and Creditors in Corporate Groups: the Strengths and Weaknesses of German Corporate Group Law. (2001).
- Hommelhoff, P. Corporate Group Law for Europe – the Principles and Proposals of the Forum Europaeum. (2001).
- Hommelhoff, P. Konzernrecht und Kapitalmarktrecht. (2001).

- Hommelhoff, P. Corporate Group Law for Europe - the Principles and Proposals of the Forum Europaeum, The Internationalisation of Companies and Company Law. År?
- Hopt, K. J. Konzernrecht und Kapitalmarktrecht in Deutschland. (2001).
- Hopt, K. J. Comparative Company Law. (2006).
- Hopt, K. J. The European Company Law Action Plan Revisited: An Introduction. (2010).
- Hopt, K. J. Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation. (2011).
- Hopt, K. J. Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors - A Comparative Analysis. (2013).
- Hulle, K. V. The Prospects of Accounting Harmonisation - a European Viewpoint.. (1998).
- Hulle, K. v. i European Union – Individual Accounts, Transnational Accounting. (2001).
- Hulle, K. V. Implementation of the Seventh Directive in EU Member States. (2000).
- Hüpkens, E.. "Form Follows Function" - A New Architecture for Regulating and Resolving Global Financial Institutions. (2009).

I

- IASB Information for Observers, IFRS meeting May 2006, London.
- IASB, Information for Observers. IFRIC Meeting May 2006, London.
- IASB. Information for Observers World Standard Setters Meeting, September 2007, London.
- IASB, Meeting Staff Paper 10A, July 2009.
- IASB. IFRS Consolidated Financial Statements, Project Summary and Feedback Statement, January 2012.
- IASB-Foundation, Who we are and what we do. (2012).
- IASB-Foundation, A Guide through International Financial Reporting Standards. (2012).
- IASB: IFRS Consolidated without early application, part B the accompanying documents, part B, (2013).
- IASB: IFRS Consolidated without early application, Part B the accompanying documents, 2013
- IASB. Information for Observers, World Standard Setters Meeting, September 2007, London .
- IFRS. Project Summary - IFRS 10 Consolidated Financial Statements and IFRS 12 Disclosure of Interests in Other Entities. (2011).
- IFRS, International Financial Reporting Standards (IFRS) - An AICPA Backgrounder.
- IFRS A Guide through IFRS. (2012)

J

- Jacobsen, C. B. Europæisk koncernret. (1976).
- Jensen, J. S. Grænseoverskridende koncernfinansiering (cash-pooling) - praksisændring. (2001).
- Jeppesen, C. S. og Madsen, K. Har årsregnskaber efter IFRS nyhedsværdi? (2010).
- Josephsen, N. CFC - et udvalg af praktiske problemstillinger. (1999).
- Jørgensen, V. F. Koncernforbindelse efter selskabsskattelovens § 31 C. (2007).

K

- Kalss, S. Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht. (2007).
- KPMG. Koncernregnskaber m.v. (1990).
- Kiertzner, L. Forventninger om de nye standarder m.v. (2012).
- Kohler, E. L.. Some Tentative Propositions Underlying Consolidated Reports. (1938).
- Koue, L. R. Kontrolbegrebet i LL § 33 E, stk. 3. (2002).
- KPMG. Indsigt i årsregnskabsloven. (7. udgave, 2012/2013).
- Kraakman, R. The Comparative Anatomy of Corporate Law. (2005).
- Kraft, E.-T. og Link, M. Der Konsolidierungskreis nach HGB und IFRS. (2013).
- Krieger, G. Vorwirkende Abhängigkeit. (1993).
- Kristensen, L. H. og Munch, N. Selskabsformerne - lærebog i selskabsret. (6. udgave, 2010).
- Kübler, F. Gesellschaftsrecht und Kodifikation. (2009).
- Kruhl, J. B. Kapitalejerlån. (2011).
- Kure, H. Kauton og sikkerhedsstillelse for koncernselskabers forpligtelser. (2012).
- Kvaal, E. og Nobes, C. International Differences in IFRS Policy Choice: a Research Note. (2010).

L

- Larsen, J. D. Lovene og livet – en retssociologisk grundbog. (2005).
- Larsen, M. S. og Parker, H. IFRS 10: Konsoliderede regnskaber - ændringer og praktiske problemstillinger. (2014).
- Lassen, J.-C. N. IFRS for små og mellemstore virksomheder. (2007).
- Leuz, C. Different Approaches to Corporate Reporting Regulation: How Jurisdictions Differ and Why. (2010).
- Link, E.-T. K.. Der Konsolidierungskreis nach HGB und IFRS. (2013).
- Lombardo, S. Disintegrating the Regulation of the Business Corporation as a Nexus of Contracts: Regulatory Competition vs. Unification of Law. (2008).
- Luhmann, N. Zweckbegriff und Systemrationalität. (1973).
- Lutter, M. Europäisches Unternehmensrecht, Dritte Auflage. (1991).

- Lutter, M. Europäisches Unternehmensrecht. (1991).
- Lutter, M. 9.1 Entwurf einer neunten Richtlinie von 1984 (Konzernrechtslinie). (1991).
- Lutter, M. Das unvollendete Konzernrecht. (2009).
- Lutter, M. Konzernphilosophie vs. konzernweite Compliance und konzernweites Risikomanagement. (2011).

M

- Maisto, G. International and EC Tax Aspects of Groups of Companies. (2008).
- Maystadt Review: Ensuring EU influence over Global Financial Reporting Standards. (2013).
- Maystadt, P. Should IFRS Standards be more "European"? (2013).
- McCahery, J. A., Vermeulen, E. P. M., Hisatake, M., Saito, S. The New Company Law – What matters in an Innovative Economy? (2006).
- McCahery, G. H. Optional rather than Mandatory EU Company Law Framework and Specific Proposals. (2007).
- Mestmäcker, E.-J. og Behrens, P. Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich. (2007).
- Moissinac, M. C. og Weissberg, K. Piercing the corporate veil in France. (1987).
- Moonitz, M. The Entity Theory of Consolidated Statements. (1944).
- Mortensen, B. O. Standardisering og certificering som instrument på miljøområdet. (1999).
- Møller, P. F. Introduktion til Koncernregnskaber. (12. reviderede udgave, 2012).

N

- Neville, M. og Sørensen, K. E. The internationalisation of Companies and Company Law. (2001).
- Neville, M. m.fl. Den nye selskabslov. (1. udgave, 2009).
- Nielsen, J.-C. og Lassen, K. T. IFRS for små og mellemstore virksomheder – ny regnskabsregulering for små og mellemstore virksomheder med internationalt perspektiv. (2007).
- Nielsen, R. og Tvarnø, C. Retskilder og Retsteorier. (3. reviderede udgave, 2011).
- Niessen, Hans. International Consolidated Statements. (1993).
- Nilsen, J. C. og Hansen, J. B. Grænseoverskridende koncernlån. (2001).
- Nobes, C. og Parker, R.: Comparative International Accounting. (11. Udgave, 2010).
- Nobes, C. Group Accounting in the United Kingdom, International Group Accounting. (1993).
- Nobes, C. International differences in IFRS policy choice: a research note. (2010).

O

- OECD. Guidelines Avoiding Liabilities for Products Environmental Damage in the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. (2002).
- OECD. OECD Guidelines for Multinational Enterprises. (2011).
- OECD. Related Party Transactions and Minority Shareholder Rights. (2012).

P

- Parker, H. og Larsen, M. S. IFRS 10: Konsoliderede regnskaber – ændringer og praktiske problemstillinger. (2014).
- Parker, R. og Nobes, C. Comparative International Accounting. (Eleventh Edition, 2010).
- Pasotti, S. L. Disintegrating the Regulation of the Business Corporation as a Nexus of Contracts; Regulatory Competition vs. Unification of Law. (2008).
- Pistor, K. J. og Hopt, K. J. Company Groups in Transition Economies: A Case for Regulatory Intervention? (2001).
- Prokopenko, V. Parent Company Liability in Case of a Subsidiary Insolvency - Time to Rethink Liability of Corporate Shareholders? **Årg???**
- PWC, SIC12- and FIN 46R – The Substance of Control. (2004).
- PWC's Manual of Accounting, vol. 1 og 2. IFRS 2013.
- PWC. Regnskabshåndbogen. (2013).

R

- Ramanna, K. The International Politics of IFRS Harmonization. (2012).
- Rammelo, S. The Judgment in CJEU C.186/12 (Impacto Azul): Company Law, Parental Liability and Article 49 TFEU - A Plea for a "Soft Law" orienteret EU Law Approach on Company Groups. (2014).
- Ramkov, B. Transfer pricing. (2014).
- Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law. (2011).
- Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe. (2002).
- Revisorhåndbogen, Regnskab. (2012).
- Ringe, J. European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis. (2011).
- Ruedin, R. Responsabilités – Conflits d'intérêts dans les organes du groupe. (1988).

S

- Schaumburg-Müller, P. og Werlauff, E. Børsretlig tilbudspligt – et udvidet børsretligt koncernbegreb. (1999).
- Schaumburg-Müller, P. og Werlauff, E. EU selskabs-, børs- og kapitalmarkedsregler. (2003).
- Schaub, A. The Use of International Accounting Standards in the European Union. (2005).
- Schaumburg-Müller, P. og Werlauff, E. (2012). Børs- og kapitalmarkedsret. (2012).
- Schaumburg-Müller, P. og Werlauff, E. Selskabsloven med kommentarer. (2. udgave, 2014).
- Schleifer, A. (2005). Understanding Regulation. European Financial Management. (2005).
- Schmitthoff, C. M. og Wooldridge, F. Groups of Companies. (1991).
- Schroeder, R. G., Clark, M. W. og Cathey, J. M. Financial Accounting Theory and Analysis. (2011).
- Scwhab, P. H. (1998). Gesellschaftliche Selbststeuerung im Bilanzrecht - Standard Setting Bodies un staatliche Regulierungsverantwortung nach deutschem Recht. (1998).
- Schwartz, A. og Gilson, R. J. Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review. (2012).
- Scott, W. R. (2009). Financial Accounting Theory. (Fifth edition, 2009).
- Simons, A. J. Holding Companies. (1927).
- Sofsrud, T. Bestyrelsens beslutninger og ansvar. (1999).
- SOU 1992:83. Delbetänkande av Aktiebolagskommittén – Aktiebolagslagen och EG. (1992)
- Staehein, T. Konzernrecht – Gedanken eines Praktikers. (1988).
- Steffensen, H., Damgaard, J. O., Jensen, L. og Nilsen, J.-C. Årsrapporten - Kommentarer til Årsregnskabsloven. (5. udgave, 2007).
- Steffensen, H. og Fedders, J. (2012). Årsrapport efter internationale regnskabsstandarder - fra dansk praksis til IFRS. (4. udgave, 2012).
- Steffensen, H., Bunch, L., Nilsen, J.-C. og Booker, T. Transaktioner i selskaber – selskabsret, regnskab og skat. (2014).
- Steffensen, H. Transaktioner i selskaber - selskabsret, regnskab og skat. (2014).
- Stickney, C. P, Weil, R. L, Schiper, K og Francis, J. Financial Accounting - an Introduction to Concepts, Methods, and Uses. (2010).
- Stout, L. A. New Thinking on "Shareholder Primacy". (2012).
- Strasser, K. A. Legal Form and Economic Substance of Enterprise Groups: Implications for Legal Policy. (2011).
- Stølen, L. Koncernledelse - Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?.(2004).
- Søgaard, Gitte. Introduction of a Group Definition in the New Accounting Directive: The Impact on Future Accounting Regulation. (2014).
- Sørensen, J. G. Koncernkonflikter. (1995).
- Sørensen, K. E. Krydsejerskab (cross holding). (1993).
- Sørensen, K. E. Managementkontrakter i selskabsretlig belysning. (1995).

Sørensen, N. J. Reguleringen af overtagelsestilbud. (1998).

Sørensen, N. J. Koncernbegrebet og tilbudspligtens indtræden - et misforstået forsøg på parallelitet i selskabs- og børsretten. (2010).

T

Tamm, D. Global Retskultur - en indføring i komparativ ret på historisk grundlag. (2009).

Teichmann, C. Neue Perspektiven für das europäische Konzernrecht. (2012).

Teichmann, C. Rechtsprobleme im Konzern. (2012).

Teichmann, C. Europäische GmbH am Scheideweg: Supranationale Rechtsform oder harmonisierte Einpersonengesellschaft? (2013).

Teichmann, C. Neue Perspektiven für das europäische Konzernrecht. (2012).

Teichmann, C. m.fl. Rechtsprobleme im Konzern – Drittes Jahrbuch des Krakauer Forums der Rechtswissenschaften. (2012).

Tell, M. Tynd kapitalisering og kontrolleret gæld. (2012).

Theisen, M. R. Der Konzern im Umbruch. Organisation, Besteuerung, Finanzierung und Überwachung. (1998).

Thorell, P. Internationalisation and the Company From the Accounting Perspective.

Thornton, G. Under control? - A practical Guide to Applying IFRS 10. (2012).

Thuesen, F. Fra retsstat til transnationalt retssamfund. Retspluralisme, multikulturalisme og globalisering. (2007).

Tombari, Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law. (2012).

Treumer, S. Konstruktiv uklarhed - om tilsigtet uklar EU-lovgivning og dens negative konsekvenser. (2013).

V

Vinther, N. og Werlauff, E. Dansk og International Koncernret og Koncernskatteret. (2005).

W

Walker, R. G. An Evaluation of the Information Conveyed by Consolidated Statements. (1976).

Walker, R. G. Consolidated Statements. (1978).

Warchol, J. Das Europäische Konzernrecht: regulieren oder nicht regulieren? Die mögliche Vorgehensweise der EU: In Vielfalt geeint. (2012).

Weil, C. P. Financial Accounting - an Introduction to Concepts, Methods and Uses. (9th edition, 2000).

Werlauff, E. Koncerndefinitionen og dens retsfølger - særligt efter lovændringerne pr. 1/4 1991. (1991).

Werlauff, E. Selskabsmasken. (1991).

Werlauff, E. Fra "entity law" til "enterprise law". (1994).

- Werlauff, E. Internationale koncernforhold. Forskellen mellem den daglige virkelighed og den teoretiske retstilstand øger behovet for en snarlig gennemførelse af EU'2 koncerndirektiv. (1995).
- Werlauff, E. Koncernretten. (1996).
- Werlauff, E. Samarbejde om kontrollen over et børsnoteret selskab – et udvidet, ufærdigt børsretligt koncernbegreb. (2000).
- Werlauff, E. og Andersen, E. L. Grænseoverskridende koncernlån. (2001).
- Werlauff, E. Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov. (2002).
- Werlauff, E. og Treumer, S. EU-løfttestangsprincippet. (2002).
- Werlauff, E. Regnskabsreformens selskabsretlige konsekvenser - nogle refleksioner over intertemporal selskabsret. (2002).
- Werlauff, E. EU Company Law - Common Business Law of 28 States. (2nd Edition, 2003).
- Werlauff, E. og Vinther, N. Dansk og international koncernret og koncernskatteret. (2005).
- Werlauff, E. Group and Community - the European Court's Development of an Independent Community Law Concept of the Group and its Significance for National Company Law. (2007).
- Werlauff, E. Principles of European Company Law. (2010).
- Werlauff, E. Bestyrelsens arbejde og ansvar. (2. udgave, 2010).
- Werlauff, E. Bestemmende indflydelse og "fælles bestemmende indflydelse" – om kontrolbegrebet ved "kontrollerede transaktioner". (2011).
- Werlauff, E. One Stop Group Law? (2012).
- Werlauff, E. Hvornår skal eller kan en forordning implementeres? (2012).
- Werlauff, E. Medhæftende majoritetsejer. (2012).
- Werlauff, E. Skattemæssige konsekvenser af bestemmelser i ejerftaler og vedtægter. (2012).
- Werlauff, E. Selskabsret. (9. udgave, 2013).
- Werlauff, E. og Hansen, L. Den juridiske metode - en introduktion. (2013).
- Werlauff, E. Om dansk skatterets respekt for udenlandske regler. (2013).
- Werlauff, E. Selskabsskatteret 2014/2015. (16. udgave, 2014).
- Werlauff, E. og Andersen, L. L. Kreditretten. (6. udgave, 2014).
- Werlauff, E. og Søgaard, G. Koncernretten. (1. udgave, 2015).
- Werlauff, E. Hvornår skal eller kan en forordning implementeres? (2012).
- Wiborg, K. Basic Financial Accounting. (2011).
- Wiedemann, H. (1988). Die Unternehmensgruppe im Privatrecht. (1988).
- Windbichler, C. Corporate Group Law for Europe: Comments on the Forum Europaenum's Principles and Proposals for a European Corporate Group Law. (2000).
- Wittendorf, J. Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret. (2009).
- Würdinger, H. Aktien- und Konzernrecht. (1966).
- Wooldridge, F. og Schmitthoff, C. M. Groups of Companies. (1991).
- Wymeersch, E. Do We Need a Law on Groups of Companies?" (2003).

Wymeersch, E. og Hopt, K. Capital Markets and Company Law. (2002).

Wysocki, K. v. Group Accounting in Germany, International Group Accounting. (1993).

Z

Zumbansen, P. Liability Within Corporate Groups. (2002).

Ø

Østergaard, K. Regnskabsstatuttet i EU. (2006).

EU-DOKUMENTER - UDVALGTE

Implementation of Findings from a Study on the Implementation of Seventh Directive 83/349/EEC in the Member States of the European Union.

Agreement on the EU Financing of IFRS Foundation, EFRAG, and PIOB, December 2013.

Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – a Modern Legal Framework for more Engaged Shareholders and Sustainable Companies. COM (2012 740/2).

Feedback Statement – Summary of Responses to the Public Consultation on the Future of European Company Law. (2012).

Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 2002.

Forslag til Europa Parlamentets og Rådets Forordning om anvendelsen af internationale regnskabsstandarder. KOM/2001/0080 endelig udgave.

Commission Staff Working Paper, Part 1, Impact Assessment, Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the Annual Financial Statements, Consolidated Financial Statements and Related Reports of Certain Types of Undertakings, COM (2011) 684 final.

Betænkningen over forslaget fra Kommissionen for De europæiske Fællesskaber til Rådet (dok. 116/76) til et syvende direktiv om koncernregnskaber i henhold til EØF-traktatens artikel 54, stk. 3, litra g).

Meddelelse fra Kommissionen – Regnskabsharmonisering: en ny strategi vis-à-vis international harmonisering, KOM (95) 508 endelig udg.

EU Financial Reporting Strategy: The Way Forward. COM (2000) 359 final.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – a Modern Legal Framework for more Engaged Shareholders and Sustainable Companies, COM (2012) 740/2

Fortolkningsmeddelelse vedrørende bestemte artikler i Rådets fjerde og syvende regnskabsdirektiv 98/C 16/04

Europa-Parlamentet, Mødedokumenter 1978-1979, Explanatory Memorandum, dokument nr. 103/78

Beretning fra Kommissionen til Rådet om de erfaringer, der er gjort i medlemsstaterne i forbindelse med anvendelsen af en række bestemmelser, der er nærmere fastsat i artikel 50 i Rådets direktiv 83/349/EØF, om konsoliderede regnskaber, KOM (96) 94 endelig udg.

(KOM 20000 0358 endelig udgave). Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet EU's regnskabsstrategi: vejen frem.

Meddelelse fra Kommissionen: Regnskabsharmonisering: en ny strategi vis-à-vis international harmonisering KOM (95) 508 endelig udgave.

Meddelelse fra Europa-Kommissionen - Handlingsplan: Selskabsret og Corporate Governance i EU - en tidssvarende lovramme for mere engagerede aktionærer og bæredygtige virksomheder. (COM (2012) 740).

Tredje rapport fra Kommissionen til Rådet og Europaparlamentet om gennemførelse af Kommissionens Hvidbog om virkeliggørelse af Det Indre Marked, COM (88) 134 endelig udgave.

Implementation of the Seventh Directive in EU Member States, 2000.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, COM/2011/0684 final – 2011/0308 (COD).

Kommissionens Bulletin of the European Communities, supplement 9/76.

Relationship between the IAS Regulation and the 4th and 7th Company Law Directives: consolidation rules under the 7th Directive and IFRS. (2007).

AFGØRELSE

EU Domstolen

C 283/81, Cilfit-sagen.....	232
C 107/82, AEG-Telefunken-sagen.....	199, 202, 314
C-20/92, Hubbard-sagen.....	268
C-389/92, Ballast Nedam-sagen	273
C-45/94, Gebhard-sagen.....	267
C-212/97, Centros-sagen	267
C 286/98 P, Stora-sagen.....	199, 202, 314
T-325/01, DaimlerChrysler-sagen.....	199
T-314/01 Avebe	199
T-136/02, Bolloré-sagen.....	199
C-97/08 P, Akzo Nobel NV-sagen.....	199, 271, 314
C-101/08, Audiolux-sagen.....	271
C-179/12 P, Dow Chemicals	201, 273
C-186/12, Impacto Azul-sagen	269
C-348/07 Turgay Semen-sagen	274
C-358/08 Aventis Pasteur-sagen.....	273
C-371/10, National Grid Indus-sagen ..	267
C-440/11 P, Portielje-sagen	201
C-501/11 P Schindler sagen.....	271
C508/11 P Eni SpA-sagen	273
C-528/12, Mömax-sagen.....	235
C-58/12 P, Groupe Gascogne-sagen .	199, 272
T-411/078, Air Lingus.....	231

ESMA-databasen

EECS/0112-02.....	81; 302; 303
EECS/0407-02.....	86; 103; 329
EECS/1208-02.....	83; 304
EECS/0209-04.....	101; 323
EECS/0910-06	89; 101, 307, 320, 329

Skatteretlige afgørelser

SKM 2010.688 SR.....	314
SKM 2010.733 SR.....	297
SKM 2011.42, SR.....	314
SKM 2011.843 SR.....	323
SKM 2013.278 SR.....	297; 331
SKM 2013.317 LSR.....	306
SKM 2014.174 SR.....	297
TfS 2006, 267	324
TfS 2007, 608	323; 329
TfS 2010, 1022	301
TfS 2010, 491	313, 314
TfS 2011, 11	318, 321
TfS 2011, 267	305
TfS 2011, 507	313; 318
TfS 2012, 114	322; 329
TfS 2014, 123	313

Danske afgørelser i øvrigt

F.E.Bording A/S-sag (journal nr. 2009-0019048).....	322
U.1999.727H	321
U.2013.1985H	319

Udenlandske afgørelser

HR 9. November 1991, JN 1992,174, Nimox-sagen	257
R v Kysant & Otrs	40
BGHZ 149, 10, Bremer Vulkan-sagen...	252
BGHZ 1993/122, 123, TBB-sagen	257
Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 4. februar 1985, JCP 1986, II No. 20585, Rozenblum-sagen.....	255
Daimler Benz-sagen	43
BGH, dom af 26. april 2004, Az. II ZR 155/02, Gelatine-sagen;	244
BGHZ 83,122, Holz Müller-sagen;	244

STIKORD

A

Abhängigkeit; 27; 28
ability; 115; 134; 139; 145; 157; 159
abus de biens sociaux; 252
accounting fiction; 21
acte clair-doktrin; 229; 231
affiliated corporations; 17
affiliated group; 17
afhængig; 73; 135; 166; 207; 209; 243;
245; 292; 350
afkast; 52; 78; 148
aftalekoncern; 249
agent; 150; 151; 162
akkumulerede kontrolindikationer; 117
AktG
Aktg § 17; 27
AktG § 18; 27
AktG § 16; 244; 246
AktG § 17; 244; 245
AktG § 18; 209; 244; 245; 248
AktG § 19; 244
Aktiengesetz; Se AktG
anerkendelse af koncerninteressen; 257
Arbeitskreis Corporate Governance im
Konzern; 17; 262
ARC; i; 221
autopilot; 107; 163; 207

B

Barclays; 163
BASf-gruppen; 160; 161
battle-of-standards; 57; 59; 61
beherrschender Einfluss; 27; 28; 29; 169;
192; 213
Beherrschungsvertrag; 95; 174; 178; 247
benefits; 107; Se fordele; Se fordele
besiddelse; 92; 194
beskyttende rettigheder; 83; 136; 137;
304; 342
bestemmende indflydelse; 22; 23; 27; 28;
155; 156; 169; 171; 172; 174; 188; 189;
191; 192; 195; 196; 198; 200; 204; 205;
206; 207; 208; 212; 213; 214; 229; 243;
244; 245; 246; 248; 249; 266; 268; 269;
280; 281; 284; 285; 286; 292; 295; 297;
298; 299; 300; 301; 302; 303; 304; 305;
306; 308; 310; 311; 312; 313; 314; 315;
317; 318; 319; 320; 321; 323; 324; 325;
329; 331; 332; 333; 334; 340; 341; 342;
343; 344; 346; 348; 349; 366; 387
brain-dead-virksomheder; 107
bright-line; 11; 25; 26; 80; 118; 154; 211;
219

C

capital havens; 108
capital provider; 106
CESR; 12; Se ESMA
common control model; 120
Companies Act 2006; 250; 251
conceptual framework; 75
conditio sine qua non; 6; 27
control contract; 179; 201; 251
contrôle exclusif; 177; 204
controlling entity model; 120
corporate group; 16; Se group of
companies
creator; 106
cumbersome definition of the
phenomenon; 33

D

Daimler Benz; 181
dansk sprogbrug; 13
de facto; 3; 29; 71; 75; 79; 87; 99; 104;
122; 134; 139; 143; 172; 188; 192; 202;
203; 208; 210; 214; 246
de jure; 3; 80; 87; 95; 110; 172; 188; 192;
200; 210; 214; 246; 251
de lege ferenda; 4; 9
do ut des; 253
deltagerrettigheder; 84; 96; 97; 245; 304;
305; 316; 322; 342
derivative action; 250
Deutsche Bank; 162
direkte eller indirekte; 113; 243; 297; 309
dirigeant de fait; 252
diskriminationsforbud; 263
dominant influence; 28; 52; 140; 169; 171;
177; 192
driftsmæssige og finansielle politikker; 87;
90; 99

E

early adopter; 125; 158; 159; 162; 163
ECJ; Se EUD
economic entity model; 72
EFRAG; i; 221
Eingliederung; 247
einheitliche Leitung; 27; 171; 209; 248
Einheitstheorie; 26; 170
ejeraftale; 85; 93; 98; 261; 310; 315; 318;
319; 320
eksponeret for; 126
eliminering; 37; 42

EMCA; 260
 enabling law; 46; 51; 55; 240
 Entherrschungsvertrag; 248
 entity doctrine; 250
 Erhvervs- og Selskabsstyrelsens
 vejledning af 14. marts 2005; 287
 erhvervsøkonomiske typologier; 44
 ESMA; 12; 13; 76; 78; 97; 294; 299; 300;
 304; 317; 320; 326; 378
 EU-retlig anbefaling; 166
 European Company Law: The way
 forward; 256

F

faktisk indflydelse; 276; 332
 faktisk kan udøve; 130; 169; 297; 298;
 299; 332; 334; 348
 faktisk koncern; 249
 faktisk udøver; 196; 197; 214; 270; 298;
 299; 313; 334; 348
 FASB; 59; 61; Se US-GAAP
 Feedback Statement – Summary of
 Responses to the Public Consultation
 on the Future of European Company
 Law; 256
 finansielle og driftsmæssige beslutninger;
 121
 finansielle og driftsmæssige politikker; 83;
 159
 fordele; 73; 78; 86; 110; 148
 formodningsregel; 28; 138; 169; 195; 196;
 246; 306; 309
 formodningsreglen; 99
 formålsbestemt legaldefinition; 1; 6; 20;
 31; 244
 formålsfortolkning; Se fortolkning
 fortolkning; 10; 11; 12; 166; 228; 230; 290;
 344
 bidrag; 290; 293; 342; 345; 346
 dynamisk; 272
 dynamisk fortolkning; 10
 EU-konform; 228
 formål; 10; 11; 31
 motiv; 10
 objektiv; 31; 230
 ordlyd; 10; 11; 231; 298
 principper; 11; 43; 48; 59; 67; 71; 94;
 95; 122; 139; 166; 217; 221; 225;
 227; 233; 250; 252; 253; 260; 261;
 262; 271; 275; 288; 290; 295; 336;
 345; 357; 358; 362; 363; 365
 Forum Europaeum Konzernrecht; 17; 47;
 191
 Forum Europaeum on Group Law; 259
 forvaltningsmæssige beføjelser; 25; 27;
 42; 43; 78; 90; 99; 104; 105; 126; 128;

137; 143; 160; 199; 207; 212; 245; 306;
 317; 322; 331; 332; 333; 334; 357; 367
 fraudulent trading; 250
 fælles kerne; 6
 fælles kontrolmodellen; 72
 fælles ledelse; 22; 27; 171; 172; 177; 210;
 248

G

Gewinnabführungsvertrag; 247
 Gleichordnungskonzern; 249
 group interest; 2
 gruppe af selskaber; Se
 virksomhedsgruppe
 gruppe af virksomheder; Se
 virksomhedsgruppe
 Gruppenrecht; 17

H

Herrschendes Unternehmen; Se
 Abhängigkeit
 herskende; 27; 49; 169; 171; 207; 209;
 237; 243; 245; 292; 338
 HGB § 290; 18; 178; 191; 248
 High Level Group of Company Law
 Experts; 260
 historik afstemninger; 102; 140
 hollandske Civil Code; 28
 horisontal koncern; 22; 66; 74; 121; 174;
 176; 178; 179; 185; 192; 198; 210; 249;
 280; 281; 285; 296
 fælles ledelse; 22
 uægte; 22
 ægte; 22
 hoved-princippet; 99

I

IABS Update, October 2005; 134
 IAS 1; 75; 227
 IAS 27; 1; 32
 IAS 27 (2008); 5
 IAS 27 (2008); 4; 5; 6; 7; 9; 26; 28; 30; 56;
 57; 58; 70; 72; 73; 74; 75; 76; 77; 80;
 81; 82; 83; 86; 87; 89; 90; 91; 92; 93;
 95; 96; 98; 99; 100; 101; 105; 107; 108;
 109; 113; 114; 115; 116; 117; 118; 121;
 122; 124; 125; 126; 128; 131; 134; 136;
 137; 138; 139; 140; 141; 146; 148; 149;
 152; 153; 154; 156; 158; 159; 160; 161;
 162; 172; 181; 188; 192; 193; 200; 208;
 209; 210; 212; 213; 216; 217; 222; 225;
 226; 229; 261; 262; 273; 274; 275; 276;
 283; 284; 285; 286; 288; 290; 291; 292;
 293; 295; 296; 297; 299; 300; 301; 302;
 303; 304; 305; 306; 307; 308; 309; 310;
 312; 313; 314; 316; 319; 320; 321; 322;

323; 324; 325; 327; 330; 331; 332; 333;
 334; 336; 341; 342; 344; 345; 346; 348;
 349; 350; 359; 362; 363; 364; 365; 366;
 367; 369; 370; 373; Se IAS 27
 SIC 12; 26
 Update October 2005; 26
 IAS 27 (2008) Classic; 6; Se IAS 27
 IAS 27 Classic; 9
 IAS 27.13.1 (2008); 90
 IAS 27.13.2.a (2008); 93
 IAS 27.13.2.b (2008); 94
 IAS 27.13.2.c (2008); 97
 IAS 27.13.2.d (2008); 98; 99
 IAS 28; 74
 IAS 31; 308
 IASB; 2; 38; 73; 205
 IASB Update, October 2005; 2; 75; 87; 99;
 100; 103; 105; 115; 118; 208; 321; 331;
 332; 364; 366; 369
 IASB's Conceptual Framework; 127
 IASB-fonden; Se IASB
 IASB-organisationen; 118; 124
 IASB-regnskabsstandarderne; Se IASB
 IASB-standarderne; 60; 118; 215; Se IASB
 IASC; Se IASB
 IFRIC; 117
 IFRS 10; 2; 4; 5; 6; 7; 24; 25; 26; 57; 58;
 65; 67; 69; 70; 72; 73; 79; 83; 93; 100;
 101; 115; 118; 119; 121; 122; 123; 124;
 125; 126; 127; 128; 129; 130; 132; 133;
 134; 135; 136; 137; 138; 139; 140; 141;
 142; 143; 145; 146; 147; 148; 149; 150;
 152; 153; 154; 155; 156; 157; 158; 159;
 160; 161; 162; 163; 169; 172; 181; 185;
 187; 188; 193; 197; 198; 210; 211; 212;
 213; 215; 216; 217; 218; 219; 222; 225;
 226; 227; 228; 229; 230; 231; 246; 251;
 261; 282; 284; 285; 286; 287; 288; 289;
 292; 293; 294; 300; 301; 302; 305; 317;
 326; 329; 332; 348; 349; 353; 363; 364;
 365; 366; 369; 373; 375; 377; 378; 381;
 382; 384; 386
 IFRS 11; 73; 74; 121; 127; 308
 IFRS 12; 74
 IFRS Conceptual Framework; 77
 IFRS for SME; 292; 369
 IFRS Framework; 25
 IFRS-bekendtgørelsen; 286
 in Mehrheitsbesitz stehende
 Unternehmen; 19
 influence dominante; 192
 initierende virksomhed; 107
 internal control; 201
 investor; 60; 119; 121; 122; 127; 130; 145;
 157
 involvement; 156
 lus Commune; 258

J

joint arrangements; 121; Se fælles
 ordninger
 joint venture; 91; 198; 308; 311
 joint ventures; Se joint arrangements

K

kick-out-rights; 213
 komitologi-procedure; 166; 216; 220; 221;
 223
 Kommissionens handlingsplan fra
 december 2012; 2
 koncerndirektivet; 51; 235; 252
 koncerninteresse; 266
 koncernledelse; 51; 52; 53; 54; 96; 199;
 201; 261; 265; 266; 352; 358; 362; 371
 koncernregnskabsdirektivet; 20; 28; 29;
 33; 72; 167; 169; 173; 174; 206; 235;
 269; 278
 koncernregnskabspligt; 289
 konkurrerende kontrolindikationer; 117
 konsoliderede regnskaber; 7; 13; 15; 18;
 22; 24; 28; 29; 34; 41; 45; 57; 62; 63;
 64; 66; 67; 68; 71; 72; 73; 74; 75; 78;
 86; 100; 117; 118; 119; 120; 122; 123;
 145; 167; 168; 171; 173; 174; 175; 176;
 178; 179; 185; 187; 188; 200; 210; 275;
 277; 278; 279; 283; 284; 285; 289; 313;
 359; 360; 365; 390; Se
 koncernregnskaber
 kontraktsmæssige relationer; 119
 kontrol; 22; 79; 84; 121; 122; 188; 191;
 206; 212; 214
 kontrolligning; 80; 129; 161; 225; 363
 Konzernrecht; 28; 43; 48; 51; 209; 235;
 239; 263

L

legal formålsdefinition; 8; 23
 level playing field; 39; 46; 180; 359
 Linde Group; 160
 location-gérance-aftaler; 177
 lodrette koncerner; Se moder-
 /datterkoncern

M

management-aftaler; 210
 Maystadt-rapport; 218
 Mehrheitsbesitz; 28
 modellov; 262
 moder-/datterkoncerner; 22
 multi-cellular structures; 111

N

negative opportunities; 45
Nimox-doktrinen; 254

O

OECD Guidelines for Multinational Enterprises; 45; 384
one-size-fits-them-all; 1
organbeholderskelse; 25; 87; 212
Organisationsrecht; 51; 358; 372
organizationally interconnected; 28
originator; 106

P

parent company concept; *Se* moder-/datterkoncern
parent undertaking; 172
participative rights; 83; 84
piercing the corporate veil; 249
potentielle stemmerettigheder; 114; 121; 138; 145; 162
substantielle; 145
Preface to International Financial Reporting Standards; 74
principal-/agent forhold; 351
primary beneficiary; 3; 25; 109; 212; 351; 352; 366
primær EU-ret; 166; 263
principal-/agentproblemstillinger; 122; 150; 151; 152; 162; 209; 213; 309; 327
proportionalitet; 47; 183; 234; 266; 267
protective rights; 83

Q

quid pro quo; 253

R

raison d'être; 6; 13; 31; 33; 34; 43; 44; 167; 224; 230; 234; 273; 335; 345; 365
ratio legis; 6
Reflection Group on the Future of EU Company Law; 256
regnskabsdirektiv 34/2013; 2; *Se* regnskabsdirektivet (2013)
regnskabsdirektivet (2013); 18; 22; 72; 167; 171
Regnskabsharmonisering: En ny strategi vis-à-vis international harmonisering; 180
relationens substans; 26; 80; 107; 127; 135; 156; 161; 212; 334; 351; 367
relevante aktiviteter; 121; 122; 125; 126; 130; 131; 140; 145; 153; 163; 197; 198
removal rights; 151

retspluralisme; 2; 165; 166; 235; 275
retspositivistisme; 166
rettigheder; 25; 26; 122; 130; 134; 152; 153; 159
beskyttende; 134
eksisterende; 134
eksisterende rettigheder; 134
kick-out rights; 146
management contracts; 147
protective rights; 136
substantielle; 134
rights; *Se* rettigheder
ring-fenced assets; 122; 153
risk-/reward; 71; 72; 73; 87; 117; 128; 143; 151; 152; 163; 212; 291; 351; 363
risk-channelling; 45
Rozenblum-doktrinen; 235; 252; 261
råderet; 94; 130; 135; 140; 150; 156; 312; 314; 315; 317; 318; 320; 321; 325; 332; 333

S

samordning af minoritetsinteresser; 104; 140
SARG; 222
Schutzzweck; 36; 38; 44; 46; 47; 51; 167; 185; 227; 237; 240; 336
Schwörer-betænkningen; 38; 170; 171
SEC; 59; 62; 64; 67
semantiske overvejelser; 10; 154; 229; 285; 292; 366; 367
shadow directors; 260
shareholder-fokus; 34
SIC 12; 2; 4; 6; 26; 32; 57; 58; 71; 72; 73; 74; 75; 79; 80; 86; 87; 105; 106; 107; 108; 109; 110; 111; 112; 117; 118; 120; 121; 125; 126; 127; 128; 143; 148; 152; 153; 156; 163; 181; 207; 208; 274; 276; 285; 291; 300; 305; 326; 327; 328; 331; 332; 334; 344; 350; 352; 364; 366; 367
SIC 12.10.a; 117
SIC 12.10.b; 117
SIC 12.10.c; 117
SIC 12.10.d; 117
SIC-12; 75
sideordnede koncerner; *Se* horisontale koncerner
silo; 107; 111; 121; 153; 213; 351
SPE; 75; 86; 106; 153; 205
sponsorvirksomhed; 106; 208
spredning af stemmerettigheder; 102; 140
strukturerede enheder; 126; 148; 153; 156; 159; 163; 213; 326
subsidiaritet; 6; 47; 183; 234
substance of the relationship; 80; 105; 118; 149; 208
substantiel rettighed; 119; 162

sweethart deals; 45

T

teknisk standard; 59
299
The Big 4; 59; 118; 158; 231; 293; 295
the entity concept; 24
the French Approach; 252
transaktionstransparens; 239
transparens; 33; 45; 241; 260; 273; 361
tunnelling; 45
tynd kapitalisering; 108

U

udslagsgivende stemme; 98
udøvelse; Se rettigheder
une création de la doctrine et de la
jurisprudence; 1; 21
unfairly prejudicial"-forretningsførelse; 250
Unibail-Rodamco-koncernen; 159
Unternehmensvertrag; 16; 244
Unterordnungskonzern; 249; Se moder-
/datterkoncern
US GAAP; 11; 25; 29; 59; 62; 83; 67; 182;
228; 351; 352; 366

V

vandrette koncerner; Se horisontale
koncerner
varedeklaration; 10; 35; 224; 227
variable afkast; 73; 126; 128; 136; 143;
148; 160
verbundene Unternehmen; 19; 28; 209
vertikal koncern; 22; 74; 194; 249

W

Winter-rapport; 240; 260
wrongful trading; 250; 259; 261
Zweckbegriff; 1; 8; 20; 21; 23; 31; 48; 55;
244; 273; 335; 382

Ø

økonomisk enhed; 6; 25; 26; 27; 28; 66;
72; 112; 169; 179; 197; 268; 269; 270;
271; 321; 356; 370
økonomiske og driftsmæssige
beslutninger; 298; 302; 303; 304; 306;
317; 323; 329; 348; 349

RESUMÉ

Siden 2005 har europæiske børsnoterede selskaber skullet aflægge koncernregnskaber efter IASB-organisationens regnskabsstandarder, og siden 2009-reformerne af henholdsvis årsregnskabsloven og selskabsloven har disse loves koncernbegreber skullet fortolkes i overensstemmelse hermed.

Dette rejser en række spørgsmål i tilknytning til disse regnskabsstandarder, herunder vedrørende den juridiske forståelse af koncernbegreberne i disse standarder, men ikke mindst i tilknytning til disse reglers tilblivelse og fortolkning, når de transformeres fra den økonomiske videnskabs vejledende standarder til kodificerede juridiske bestemmelser.

Transformeringen fra vejledende tekniske standarder til europæiske og nationale juridiske bestemmelser sker i en symbiose af en privat organisations regnskabstekniske standarder, EU-retten og national ret, og der opstår herved en form for pluralisme på tværs af europæiske retlige traditioner på den ene side og på tværs af henholdsvis den økonomiske og den juridiske videnskab på den anden side.

Denne særlige tilgang til den retlige begrebsdannelse er en integreret del af afhandlingens behandling af årsregnskabsloven og selskabslovens koncernbegreber.

Afhandlingen er Gitte Søgaards ph.d.-afhandling.